

كتاب الإيضاح

تأليف العالم العلامة

الشيخ عامر بن علي الشماخي

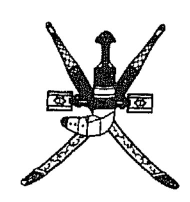
رحمه الله

الجزء الثامن

الطبعة الثانية

١٤١٧هـ - ١٩٩٦م

اهداءات ١٩٩٨
وزارة التراث القومي والثقافة
سلطنة عمان



سلطنة عُمان
وزارة التراث القومي والثقافة

كتاب الإيضاح

تأليف العالم العلامة
الشيخ عامر بن علي الشماخي
رحمه الله

مع حاشية عليه
تأليف الإمام العالم العلامة الشيخ
محمد بن عمر أبو ستة القصبي النفوسي
رحمه الله

الجزء الثامن

الطبعة الثانية

١٤١٧هـ - ١٩٩٦م

كتـــاب الشفعـــة

بـــاب في الشفعـــة

والشفعة واجبٌ الحكم بها، لما روي عن الـرسول عليه الســلام قال : (الجار أحق بصقبه) [1]، يعني بشفعتـه، وفي رواية أخـرى، أن النبي ﷺ قـال : (أيما رجل لـــــه شريـك في دار أو ربع، فـأراد أن يبيعهـــا، فـــلا يبعهـــا

قولـه : في الشفعة، قال العلقمي : الشفعـة بإسكان الفاء، وحُكي ضمهـا وهي لغة : الضم على الأشهـر؛ من شفعت الشيء ضممتــه، وهي : ضم نصيب إلى نصيب، ومنــه شفع الأذان، وشرعاً : (تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض) انتهى.

قوله : واجب الحكم بها لما روي الخ، لو استدل أيضاً بما ورد عنه ﷺ« أن قاطع الشفعة لايريح رائحة الجنة » لكان أنص على المراد.

قوله : بصقبـه، بفتح المهملة والقاف بعـدها، يروى بالصـاد والسين ويجوز في القاف الإسكان أيضاً، وهو في الأصل القرب والملاصقة، يقـال : صقبت داره بالكسر، أي قربت، قال العلقمي : ويحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار، وإن لم يكن مقاسماً، أي أن الجار أحق بالشفعة من الذي ليس بجار، ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك، فإن الشريك يسمى جاراً، ويحتمل أن يكون أراد أنه أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قربة من جاره، كما في الحديث الآخر : (أن رجلاً قـال : يارسـول الله : إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قـال : إلى أقربهما منك بـاباً) (٢) ، فإن الحديث ليس فيه ذكـر الشفعة، وعن الأصمعي أنه سئل عن معنى هـذا الحديث فقال : لاأدري، ولكن العرب تزعم أن الصقيب اللزيق الخ.

قوله : يعني بشفعته، فعلى هذا يكون مجازاً مرسلاً من تسمية المسبب باسم السبب، وذلك لأن الصقب معناه القـرب، وهو سبب في الشفعة والله أعلم. وأبقاه بعضهم على حـاله، أي الجار أحق بسبب قربه.

(١) رواه احمد والنسائي وابن ماجه .

حتى يعرض على شريكه، فإن أراد فهو أولى) [1]، فإذا صح وجوبها فلنبدأ أولاً في أركانها ثم في أحكامها، فالأركان أربعة : المشفوع فيه، والشافع، والمشفوع عليه، وصفة أخذ الشفعة.

قوله : حتى يعرض على شريكه فإن أراد فهو أولى، ظاهره أنه إذا لم يرد يكون غيره أولى وأنه لايدركها بعد ذلك، ولعله لهذا ذهب أصحابنا المشارقة رحمهم الله، إلى أنه لاشفعة في النداء، ولم يتعرض لهذا في الإيضاح، ولا غيره مما رأيته، وإنما تعرض في الإيضاح لتسليمها، وذكر أنه إذا سلمها قبل الشراء أو أذن فيه، فيه قولان، وصدر بأنه لايدركها، ولعل مسألة ما بيع بالنداء كذلك لأن تركه للزيادة يعدإذناً في الشراء، فيجري فيه الخلاف والله أعلم، فليحرر.

---

(١) رواه مسلم والنسائي وابو داود.

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي.

باب في معرفة المشفوع فيه

فقد اتفقوا أن الشفعة في الأصول والعقارات من الدور والبيوت والفدادين، والمزارع، والبساتين، والأجباب، والصهاريج، والحمامات، والأنادر، والغيران، وما أشبه ذلك من الأصول، والدليل على هذا ماروي أنه قال عليه السلام : (الشفعة للجار مالم تقسم وتقع الحدود)،

باب في معرفة المشفوع فيه

قوله : في الأصول، قال في الديوان : والأشجارُ التي تدرك فيها الشفعة هي التي يحول عليها الحول وهي ثابتة في الأرض، وأما كل ما لايحول عليه الحول من نبات الأرض، مثل البقول وجميع المزارع على اختلافها فلا شفعة فيها، الخ.

قوله : والأجباب، الظاهر أنه أراد جمع جب، ولم يذكره في الصحاح حيث قال : الجب ـ البئر التي لم تطو، وجمعها جبَاب وجِبَبَةٌ الخ، والظاهر أن المصنف رحمه الله، أراد بالاجباب، المواجل باصطلاح أهل المغرب، كما يرشد إلى ذلك كلامه في البيوع مراراً، ولتقدم ذكر الآبار.

قوله : والصهاريج، جمع صِهْريج قال في الصحاح : والصهريج واحد الصهاريج، وهي الحياض يجتمع فيها الماء الحلو، وهي بعرف أهل مصر فُسّاق يجعلونها تحت الأرض، يملؤنها ماء في زمن زيادة النيل على الجمال والحمير.

قوله : والأنادر، في الصحاح : والأندار البيْدر بلغة أهل الشام، والجمع : الأنادر، قال الشاعر: دق الدَيارس عَرْمَ الأنَادِرِ الخ، والمراد به المواضع المعددة لدرس الطعام.

قوله : الشفعة للجار ما لم يقسم ، هذا الحديث يدل على ان المراد بالجار، الجار الشريك، بدليل قوله : مالم يقسم وتقع الحدود، وروي في الديوان حديثاً صريحاً في هذا حيث قال : عن النبي ﷺ أنه قال : (لاشفعة إلا لشريك) الخ . (١)

---

(١) رواه مسلم والنسائي وابو داود.

فكأنه قال: الشفعة فيما تمكن فيه القسمة، مادام لم يقسم، وهذا لايوجد إلا في الأصول، فكذلك أيضاً، ما كان مغرزاً ثابتاً ملزوقاً بالأرض من الحجارة والحديد والمشب، حكمه حكم الأصول، أصله البيع لأنه من توابع البيع وفيه الشفعة، وما سوى الأصول من الحيوان، والمتاع، والاطعمة، فلا شفعة فيها، وقد قيل: إن الشفعة في الحيوان، وأكثر القول بأن ليس فيها شفعة، وفي الأثر: وقيل إن في العبد الشفعة، وهذا القول يُمال إليه، لمافي ذلك من الضرر الداخل على الشريك في العبد من جهة العتق وغيره، مع أن فعل الشريك فيه نافذ، غير أنَّ ما عليه العمل عند أصحابنا أولى أن يتبع، لأنهم أعلم منا وأفهم والله أعلم.

والأصل في ذلك، قوله عليه السلام: (الجار أحق بصقبه)، وقوله عليه السلام:

قوله: فكأنه قال: الخ، مراده تأويل الحديث بأنه، إنما ورد فيما تمكن فيها القسمة من الأصول ويقاس عليها سائر الأصول، وإن لم تمكن فيها القسمة فلا ينافي قوله: أولاً والآبار والأجباب والصهاريج والحمامات والأنادر، فإنه صهريج في ثبوتها فيما لاتمكن فيه القسمة، وإنما المراد من الحديث خروج المنتقلات من الحيوان وغيرها والله أعلم، على أنه لاحاجة إلى القياس، لأن قوله: (الشفعة للجار مالم يقسم)، يصدق على الشريك في الشيء الذي لا تمكن فيه القسمة أنه جار لم يقاسم.

قوله: لأنه من توابع البيع، المناسب أن يقول: من توابع الأرض، فإنه إذا باع الأرض بكلها وكل مافيها، تبعها ما كان مغرزاً ثابتاً فيها، فصار حكمه حكم الأصل، وإن كان قبل ذلك من المنتقلات والله أعلم.

قوله: غير أن ماعليه العمل عند أصحابنا الخ، لعل المراد أصحابنا المغاربة وأما أصحابنا، المشارقة رحمه الله، فالعمل عندهم على وجوبها في الحيوان كالأصول لأجل الضرر، والله أعلم.

(الشفعة للجار، مـا لم يقسم)، فإذا قسمت وضربت الحدود فـلا شفعـة، وفي الأثر : الشفعة للجـار الخليط دون الملاصق، فإذا وقعت الحدود بين الشركاء فلا شفعـة، والدليل على هـذا القول مـا روي من طـريق ابن عباس : (لاشفعـة إلا لشريك)، وقـولـه عليـه السلام : (الجار للجـار مـا لم تقسم) وعنـد بعضهم أن الشفعـة مـرتبة، فأولى بها الشريك الـذي لم يقـاسم، ثم الشريك المقـاسم، إذا بقيت الشركة بينهم في الطـريق، والمراسي، للدور والبيـوت والفدادين، واجتماع الماء في الجسور و السدود، وبالجملة اشتراك المنافع، ثم هي للجار بعد الشريك الملاصق، وعمدة هؤلاء قوله عليه السلام : (الجار أحق بصقبه)، وعند الأولين،

باب في معرفة الشافع

قولـه : مالم تقسم الخ، يعني فيما يمكن فيه ذلك من الأصول كما تقـدم. وأما ما لايمكن فيه ذلك، فلا تفصيل فيه لعدم تأتيه، بل متى بيعت حصة فيه أُدركت شفعتها.

قوله : فلا شفعة، أي إلا إن وجد سبب آخر كالمنافع.

قـولـه : وعند بعضهـم أن الشفعة مـرتبـة الخ، يعني ولا تقصر على الجار الخليط الـذي هـو الشريك، كما يقول صاحب القول الأول.

قوله : إذا بقيت الشركة، في نسخة، بيِّنت.

قوله : في الطريق : أي إذا كانت غير جائزة، وكذلك السواقي، قال أبو علي البستاني رحمه الله وفي الساقية إذا كـانت غير جائزة وكان فيها ثلاثـة أجايل وإلى أربعة المبيوعـة، ففيها الشفعة، وإن كانت خمس أجايل فلا شفعة، وكذلك الطـريق، إذا كان غير جائز يشفع به، وإن كان خمسة أبواب فهو قائد فلا يشفع به الخ.

قوله : والمراسي، المراد بمرسى الدار، فسحتها التي ينزل بمتاعه مثلاً.

قولـه : الملاصق، الظاهـر أنه صفـة للجار، فالـواجب تقديمـه لئلا يلـزم الفصل بين الصفة وموصوفها بأجنبي، والله أعلم.

أن الجار المخـالط دون الملاصق، والـذي يوجبه النظـر عندي أن أصـل الشفعة لـدفع الضرر، وذلك أن أصل الشفعـة على ما ذكـره ابن قتيبـة : كان الـرجل في الجاهلية، إذا أراد بيع منزل أو حـائط، أتاه الجار أو الشريك أو الصاحب فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله به أولى ممن بَعُـدَ سَبَبُهُ فسميت شفعة وسمي طالبها شفيع وجعلهـا النبي عليه السـلام حقاً لقـوم دون قوم، من ذوي الأسبـاب والله أعلم. فعلى هذا المقصود بها دفع الضرر الداخل من الشركة، وهذا المعنى موجود في الجار، ولهذا أوجبهـا بعضهم للجـار لاشتراك المنـافع، ولأجل المضرة، وهـو المأخوذ به عنـد أصحابنا، وفي الأثر : الشـفعة تجب بوَجهين : أحـدهما أخذها من الشريك، والآخـر من المضرة، ووجوه المضرة التي تجب فيهـا الشفعة اشتراك الطرق والمراسي للدور والبيوت والفدادين، إذا لم يكن طريق غيرها، واجتماع الماء في الجسـور والسدود، وأمـا البساتين والقصـور والأسواق، فليس في شيء منهـا شفعة إلا للشريك الـذي لم يقاسم، فليس تجب فيه الشفعـة بالوجوه التي ذكـرنا

قوله : فيما باع، لعل المراد فيما أراد بيعه.

قوله : وهو المأخوذ به، الظاهر أنـه لاينافي ماتقدم، من أنه لاشفعة للجار الملاصق، لأن المراد به فيما تقدم غير الشريك في المنافع ووجوه المضرة، والمراد به هنا ذلك بدليل سوق كلامه والله أعلم. والحاصل ان المأخوذ بـه عندنـا أن الشفعة إنما هي للجـار الشريك في الرقـاب، وللجار الشريك في المنافع ووجوه المضرات دون الملاصق الذي ليس له ذلك.

قوله : التي تجب فيها، «في» للسببية، على حد ان امرأة دخلت النار في هرّة.

قوله : إذا لم يكن طـريق غيرها، يحتمل أن المراد إذا لم يكن للشفيع، لأن الشفيع هنا، إنما هي لدفع الضرر، والضرر مدفوع عنه بسلـوكه الطريق التي اختص بها عن المشفوع، ويحتمل أن المراد إذا لم يكن للشيء المبيع طـريق آخر غير مشترك، فإن الضرر مـدفوع أيضاً بـأن يمشي المشتري فيها دون المشتركة، ويحتمل أن يكون المراد كلاً منهما، ولذلك أطلق والله أعلم، فليحرر.

من المضرات، فهذا يدل من قولهم أنهم ضعَّفوا الشفعة للجار في هذه المواضع أعني البساتين والقصور والأسواق، لأن الشفعة إذا كانت تجب للجار لدفع المضرة فالمضرة في هذا الموضع غير زائلة بالشفعة فإذا لم تكن زائلة بطلت الشفعة فيها للشريك، إذ ليس لهم في هذه المواضع مندوحة عن اشتراك المضرات، فإذا قال قائل: فهلا أزاحوها عن الشريك أيضاً في هذه المواضع؟ قيل له: الشريك أقوى وجوباً لها من الجار في هذا لأنه يحتمل ماذكرنا، لقوله عليه السلام: (لاشفعة إلا لشريك) وفي الأثر أيضاً: وإذا كان الماء يختلط في سقوف البيوت، فلا تكون الشفعة بينهم بذلك وكذلك الأنادر لاتكون الشفعة بينهم باختلاط الماء فيهم، وذلك فيما يوجبه النظر لما كان المقصود بالشفعة دفع الضرر، والضرر هاهنا في حقهما أو في حق أحدهما بطلت الشفعة لأنها غير دافعة ضرراً، ألا ترى إلى أن اختلاط الماء على البيوت منفعة لصاحب الماء، وصاحب البيت ربما يكون له ذلك منفعة، إذا احتاج إليه بطلت الشفعة، وربما أن يكون ذلك

قوله: أعني البساتين والقصور والأسواق الخ، أما القصور والأسواق، فظاهر، وأما البساتين فلعل المراد منها ماكان مشتملاً على خمسة أبواب فصاعداً كالطريق والساقية العامتين لعدم زوال الضرر بالشفعة كما ذكره رحمه الله، والله أعلم.

قوله: منفعة لصاحب الماء، لعل المراد به من جرت العادة بصرف ذلك الماء إليه، وليس على أحد من البيوت في ذلك مضرة حتى تدفع بالشفعة والله أعلم.

قوله: وربما أن يكون ذلك عليه مضرة، يعني فتثبت الشفعة كما يقتضيه كلامه والله أعلم.

قوله: أيضاً، وربما أن يكون ذلك عليه مضرة، لعله إنما لم يثبتوا الشفعة بهذه المضرة، لأنها غير لازمة دائماً، وسبب الشفعة يجب أن يكون لازماً والله أعلم.

عليه مضرة وفي بعض الآثار : وقيل بالشفعة بطرح الميزاب وماء الأمطار إذا جرى على المنازل، وكذلك الطريق والساقية إذا جرين على ماله إلا أن يكونا جاريتين فلا شفعة فيهما، والجذوع على الجدار بين الدارين، وفي الأثر : وكذلك الفدان والدار، يعني أن الشفعة تكون باختلاط المياه وقد قيل : بأن لاتكون الشفعة بين الفدان والدار، باختلاط المياه بينهما، وهذا الاختلاف يدل منهم أنَّ من التفت إلى منفعة الخلطة في ذلك، لصاحب الفدان ولصاحب الدار بخروج الماء من داره إذا لم يحتج إليه أبطل الشفعة بينهما، ومن التفت إلى المضرة اللاحقة صاحب الفدان، على قول من جوَّز لصاحب الدار منع مائه، وعلى قول من لم يجوِّز له ذلك، تلحق تلك المضرة بعينها صاحب الدار إذا احتاج إلى ماء داره جعل الشفعة بينهما لثبوت المضرة من كلا الجانبين والله أعلم. وأما اختلاط الماء في الفدادين

قوله : إذا جرى على المنازل، الظاهر أن المراد بالمنازل البيوت، لأنه جعله مقابلاً لما سبق، من أنه لاشفعة في البيوت باختلاط الماء والله أعلم.

قوله : إلا إن يكونا جاريتين، الظاهر أنه أراد بجريانهما كثرة الشركاء فيهما بأن كانت لخمسة فصاعداً كما تقدم عن أبي علي رحمه الله بالحاشية.

قوله : والجذوع، هذا معطوف على المستثنى منه، يعني أنه تقع الشفعة بالجذع إذا جعل على جدار بين دارين، فكل من له جذع في ذلك الجدار أدرك به الشفعة.

قوله : لصاحب الفدان، أي يسقي أرضه من ماء الدار.

قوله : جعل الشفعة بينهما، يعني فيشفع صاحب الفدان الدار، لأنه ربما تضرر بإمساك صاحب الدار ماءه، على قول من جوز له ذلك، ويشفع صاحب الدار ـ الفدان ـ لأنه ربما حصل له الضرر، إذا أراد إمساكه عند من لم يجوز له ذلك، ويؤخذ من كلامه رحمه الله : أنهم اختلفوا، هل لصاحب الدار إمساك ماء داره إذا احتاج إليه بعد أن كان يجري لغيره أو ليس له ذلك؟ والذي ينبغي التفصيل، وهو أنه إن كملت مدة الحيازة في ذلك فليس له إمساكه، وإن لم تكمل فله ذلك، والله أعلم.

والأجباب فإن الشفعة تدرك به لاشتراكهما في منفعة الاختلاط جميعاً، فهما شريكان، أو كالشريكين، وكذلك أيضاً بيت في بيت أو غار في غار بينهما الشفعة لاشتراكهما في الطريق والمرسى، وكذلك النخلتان في جدر واحد بينهما الشفعة لاشتراكهما في الجدر والله أعلم. وإن كان فدانان أحدهما فوق الآخر، وكان لصاحب الفوقاني قطعة من الأرض وراء جسره فبينهما الشفعة إذا كان الماء يختلط في الفدان السفلاني، وفي تلك القطعة، لأنهما يشتركان جميعاً في ذلك، وتلك القطعة من الفدان الفوقاني، وقد قيل: إن باع السفلاني فللفوقاني الشفعة إلا إن باع الفوقاني فلا يدرك السفلاني الشفعة، وهؤلاء عندهم أن الشفعة مقصورة في الشيء الذي كان فيه ماتدرك من سببه الشفعة دون غيره والله أعلم. وإن كان بيت رجل فوق غار رجل، ولم يشتركا طريقاً ولا مرسى فليس بينهما شفعة لأنهما لم يشتركا ما تجب فيه الشفعة،

قوله: بينهما الشفعة الخ، نص في الديوان على أنه أولى بالشفعة من صاحب الأرض، إذا كانت بأرض غيرهما، وذلك ـ والله أعلم ـ لقوة المضرة بين النخلتين ولاختلاط الثمار وللاشتراك في الجذر.

قوله: قطعة الخ، أي كالحريم الذي يتركونه عندنا للطابية مثلاً.

قوله: فبينهما الشفعة، أي بسبب تلك القطعة.

قوله: وهؤلاء عندهم أن الشفعة مقصورة الخ، ينظر هنا معناه أن السفلاني لاشفعة له أصلاً، لا في الفدان ولا في القطعة التي وراءه، لأنها من توابع الفدان فحيث بطلت في الفدان، بطلت فيما يتبعه وهو المتبادر من قوله: فلا يدرك السفلاني الشفعة، أو معناه أنه لاشفعة له في الفدان فقط، لأنه لم يشترك معه ماتجب به الشفعة، بخلاف القطعة، فإنه يشفعها لأجل ذلك الاختلاط وهو المتبادر من قوله: مقصورة في الشيء الذي الخ، فعلى هذا يشفع تلك القطعة بالقيمة من ثمن الفدان والله أعلم، فليحرر.

وأما إذا تراكبت البيوت بعضها فوق بعض ففي الأثر: فقد اختلفوا في ذلك فيما بلغنا أبو يحيى الفرسطائي، وأبو عيسى الدرفي، وأبو الربيع اللالوتي فقال أحدهم: لصاحب البيت على رب الغرفة الشفعة، ولرب الغرفة على رب البيت الشفعة، وقال الآخر: ليس لواحد منهما على الآخر الشفعة، وقال الثالث: لرب البيت الشفعة على رب الغرفة، وليست لرب الغرفة على رب البيت الشفعة، ولا أقوم الساعة بحفظ قول كل واحد وفرزه، والذي يوجبه النظر أن من أوجب بينهما الشفعة التفت إلى مضرة رب الغرفة برب البيت والشفعة لدفع المضرة، ومن أبطلها التفت إلى عدم المضرة من الجهة الأخرى فغلبها، ومن أثبتها لصاحب البيت على رب الغرفة ولم يوجبها لرب الغرفة على رب البيت أثبتها من وجه تجب منه وعدم المضرة وأبطلها من وجه تبطل، وفي الأثر: والشفعة في الأشجار جائزة للشريك أو لصاحب الأرض التي هي فيها، وليس لصاحب الشجرة على صاحب الأرض،

قوله: وأما إذا تراكبت الخ، يعني ولم تشترك في الطريق ولا في المرسى كما يؤخذ مما قبله.

قوله: من الجهة الأخرى فغلبها، فيه أن المناسب عند تعارض المنافع والمضار، إنما هو تغليب المضار، لأن درء المفاسد مقدم على تحصيل المصالح، فالقول بالشفعة لأجل المضرة أولى، والله أعلم.

قوله: ومن أثبتها لصاحب البيت الخ، هذا التفصيل هو الظاهر كما قالوا في الأرض والشجر، والله أعلم.

قوله: وعدم المضرة، هكذا فيما رأيناه من النسخ، وليس له وجه، ولعله وهو المضرة، ليراجع.

قوله: للشريك أو لصاحب الأرض، لكن الظاهر أن الشريك أولى بها كما يفهم من كلامه فيما تقدم، ونص عليه في الديوان في المشتركين في الجدر، فكيف به في الرقاب، فعلى هذا تكون الشفعة له ولو سبقه صاحب الأرض، والله أعلم.

ولا فرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى في القيـاس فيما يوجبه النظر، غير أن حق الأشجار في جنب ثبوت الأرض كحق الحيوان في جنب الأشجار والله أعلم. وفي الأثر: قـال أبو سفيـان: كان أبو عبيـده يضعف أمر الشفعـة ويقول: لاتحبس على اليتيم حتى يكبر، ولا على غـائب حتى يقـدم، قـال: فـابتلي بها رجل من المسلمين فجاء يسأله، فقال له: إذهب إلى أشياخ البصرة واسأل: هل لجابر فيها أثر؟ فجاء إلى منازل محمد فسأل فوجد جابـراً كان يراها ويوجبها، فأمره أن يأخذ بقول جابر والله أعلم. وعند أصحابنا: لاشفعـة لغائب ولو قدم من يومه ذلك، إلا إن كانت له خليفة فهو كغيره من الناس، وإن استخلف له العشيرة بعد البيع خليفة فلا يـدركها كما لايدركها هو إذا قدم بعـد البيع، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لاشفعة لهم إلا إن كانت لهم خلائف كالغائب سواء لأن العلة بها أزيحت الشفعـة عن هـؤلاء تعطيل حـق واجب إلى غـايـة لاتـدرك.

قوله: ولا فـرق الخ، فيه إشارة إلى أن المناسب أن تجرى الأقـوال الثلاثة السابقـة لوجود المضرة من وجه، فإن صـاحب الأرض كصاحب البيت، وصـاحب الشجـرة كصاحب الغرفـة، ولقائل أن يقول: إقتصارهم هنا على القول بالشفعـة لصاحب الأرض فقط، يدل على اختيار القول بالتفصيل في المسألة الأولى والله أعلم، فليحرر.

قولـه: غير أن حق الأشجار الـخ، المراد من هذا تشبيـه الأشجار بـالحيوان في مضرتهما لغيرهما وعدم مضرة الغير لهما، يعني أن الشجر تضر الأرض ولا تضره، كما أن الحيوان يضر الشجر ولا يضره الشجر، والله أعلم.

قوله: وفي الأثر الخ، المناسب أن يقول مثلاً، مسألة أو نحو ذلك، كما هو ظاهر.

قوله: فابتلي بها رجل من المسلمين، الظاهر - والله أعلم -، أنه كان غائباً.

قوله: لاشفعـة لغائب الخ، استثنى أصحابنا المشـارقة رحمهم الله، من ذلك الحاجّ والغازي، إذا لم يتأخرا عن أصحابهما فليراجع.

قوله: ولو قدم من يومه ذلك، يعني لتقدم سبب الشفعة على قدومه.

قوله: والأبكـم، لعله إذا لم تفهم إشارته.

وفي الأثر : وروي عن الشيخ رضي االله عنه وعنا وعن جميع المسلمين عن أبي محمد وأرسفلاس عن أبيه عن أبي يحيى الفرسطائي ؛ أنه لقي رجلاً في ناحية زويلة فقال له : إن أبا يحيى سليمان بن ماطوس أزاح الشفعة عن الغائب واليتيم، قال : فقال أبو يحيى الفرسطائي : فقدمت على أبي يحيى سليمان بن ماطوس فأخبرته بذلك فقال لي : قل له ذلك تعطيل الحقوق يا جاهل والله أعلم . وما اشترى الغائب في غيبته أو اشتري عليه من غير خلافة، فلا تدرك عليه فيه الشفعة كما لايدركها هو، إلا إن كان الشفيع مع الغائب المشترى ماله شفعته في بلدة واحدة فإنه يدرك عليه الشفعة، وإذا كان في بلدة أخرى فلا يدرك عليه الشفعة لأنه غائب عنه، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لاتدرك عليهم الشفعة كما لايدركونها، وهذا فيما اشتري عليهم من غير خلافة، ولو جوزه اليتيم بعد بلوغه والمجنون بعد إفاقته، والغائب بعد قدومه، لأنه بيع وقع عليهم في حال لاتدرك عليهم فيه الشفعة وإن كانت الخليفة فهم كغيرهم من الناس،

قوله : وفي الأثر : روي عن الشيخ الخ، هذا الأثر المراد به كلام الشيخ أبي زكريا رحمه الله .

قوله : إنه، توكيد لقوله : إن أبا يحيى الخ .

قوله : من غير خلافة، قيد في كلا منهما، فهو متنازع فيه، وأما إذا وقع البيع أو الشراء بالخليفة فإنه يشفع، لأن الخليفة الحاضرة تقوم مقام الغائب في البيع والشراء، والله أعلم .

قوله : المشتري ماله شفعته، أي المشتري الشيء الذي له شفعته، فما مفعول به .

قوله : وهذا فيما اشتري عليهم من غير خلافة، وكذلك ما اشتري لهم، وهذا إنما يكون في بيع الفضولي وشرائه، وأما اليتيم ومن ذكر معه، فإنه لايتأتى منهم البيع ولا الشراء لاختلال شرط العاقدين كما هو معلوم .

وإن تبرأ الخليفة من الخلافة قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فله أن يحييها حتى يقدم الغائب أو يبلغ الطفل، أو يفيق المجنون أو تكون لهم خلائف فيدركها عليهم، ولا يدرك على العشيرة أن يستخلفوا لغائبهم أو ليتيمهم أو مجنونهم خليفة يدرك عليه شفعته لأن ذلك لم يكن صلاحاً لهم حتى يدركها عليهم والله أعلم. وأما إن اشترى رجل من رجل أرضاً وللمشترى شريك غائب ثابتة الشركة بينهما، فإن للشفيع فيه الشفعة لأن شريكه بمقامه كالخليفة من حيث ثبتت بينهما الشركة والله أعلم. والوالد يقوم مقام الولد مادام طفلاً في ماله وما عليه والله أعلم. وقد ذكر عن بعضهم أنه لاشفعة لغائب ولا ليتيم إلا في المشاع، وأما المقسوم، فقيل: لايدركها به (لعله فيه)، وذلك أن المشاع وقع الاتفاق أن فيه الشفعة والاختلاف في المقسوم، فلذلك ضعفوها فيه فأزاحوها عن اليتيم والغائب فيه، وقال بعضهم: إن الغائب له الشفعة بعد قدومه واليتيم له

قوله: وإن تبرأ الخليفة الخ، يؤخذ منه أنه يجوز للخليفة أن ينزع نفسه من الخلافة، وظاهره ولو كان خليفة من قبل الأب والله أعلم، فيراجع.

قوله: فله أن يحييها، معنى الإحياء أن يشهد أنه باقٍ على طلب حقه إلى أن يجد إليه سبيلاً.

قوله: ثابتة الشركة بينهما، أي سواء كانا عقيدين أم لا، كما يدل عليه عموم كلامه، والله أعلم.

قوله: يقوم مقام الولد، يعني من غير استخلاف.

قوله: وقد ذكر عن بعضهم الخ، هذا في الحقيقة مقابل للقول بمنعها مطلقاً، والمراد أنه يدركها بالشركة في الرقاب، ولا يدركها بالشركة في المنافع.

قوله: وقال بعضهم: إن الغائب الخ، الحاصل أن في الغائب ومن ذكره معه ثلاثة أقوال، قول: إنهم ليسوا كغيرهم مطلقاً، وهو المختار، وقول: إنهم كغيرهم مطلقاً، وهو قول جابر رحمه الله، وقول: بالتفصيل بين المشاع والمقسوم.

الشفعة بعد بلوغه، والمجنون والأبكم بعد إفاقتهم لأنهما بمنزلة غيرهم في الحقوق، أكثر القول بأن ليس لهم شفعة وجوّز أيضاً أن تؤخذ الشفعة من يَد الذمي بالإسلام كما كانت تدرك بالجوار فهذا إذا كانت تدرك لحق الجار، وأما إذا كانت تدرك لدفع المضرة فهي تدرك لدفع المضرة ولايدركها الذمي على المسلم، لأن المسلم شفيع ولا تدرك شفعة عن شفيع، وهذا فيما اشتراه المسلم على الموحدين، فإن قال قائل : أرأيت ما اشتراه المسلم من الذمي على المسلم الشفعة لا فيما اشتراه من الموحدين ولا فيما اشتراه من المشركين لقوله عليه السلام : (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) [1] ، وفي الأثر : من كان شريك اليهودي أو النصراني في دار أو أرض فباع اليهودي حصته من تلك الأرض، كان للمسلم شفعته سواء باعها لمسلم أو ذمي لأنه شريك، وإن كان المسلم هو البائع لحصته وباعها اليهودي كان لليهودي الشريك الشفعة لأنه شريك، والشريك الذمي أولى من الذمي لغير شريكه، وإن باعها المسلم لم يكن للذمي الشريك الشفعة لأن المسلم شفيع في تلك الأرض،

قوله : بالإسلام، يعني وإن لم يكن شريكاً ولا جاراً، فعلى هذا تكون الشفعة لمن سبق إليها من المسلمين والله أعلم، وهذا فيما اشتراه من المسلم دون الذمي كما ذكره بعد.

قوله : فهي تدرك لدفع المضرة، يعني فلا تدرك إلا لدفع المضرة، ولا يدركها المسلم بالإسلام وحده على هذا والله أعلم، لكن يلزم عليه أن لاتوجد شفعة الإسلام أصلاً، والله أعلم.

قوله : لأن المسلم شفيع، يعني لانه يشفع الذمي بالإسلام، والشفيع إذا اشترى ما لغيره فيه الشفعة لايشفع، وظاهره ولو كان الطالب لها من المشترى سببه أقوى كأن يكون المشتري شريكاً في المنافع والطالب لها منه شريكاً لم يقاسم والله أعلم. ثم ظهر أن الشريك الذي لم يقاسم يشفع الشريك في المنافع، لأن من اشترك بسببين أقوى ممن أشترك بسبب واحد كما سيأتي، ولايصدق عليه قولهم : الشفيع لايشفع لأن صاحب السبب الضعيف لا شفعة له مع صاحب السبب القوي، ولو سبق إليها ما لم يتركها مثلاً صاحب السبب القوي، فيكون معنى قولهم : الشفيع إذا تساووا في السبب، أو كان المشتري أقوى، والله أعلم.

---

(١) رواه ابو داود والدارقطني.

ولا تدرك شفعة على شفيع ، وبالجملة إن المسلم يدرك الشفعة ، شفعة الاسلام ، على المشرك في جميع ما أشتراه من الموحدين مما تكون فيه الشفعة ، وما اشتراه من المشركين فلا يدركها عليه إلا بما يدركها على الموحدين ، ولايدركها الذمي على المسلم على كل حال ، وفي الأثر: وقال محمد بن محبوب رحمه الله : تؤخذ الشفعة من يد الذمي بالاسلام . وكان موسى بن علي رحمه الله يقول : لاتؤخذ منه إلا بما ينتزع المسلم من المسلم ، وكان موسى أيضاً يرى الشفعة للذمي ، وعلى قول موسى بن علي : إن الناس كلهم في الحق سواء المسلم وغيره ، لكن المسلم أولى بها من المشرك ، ثم هي للمشرك ، وذلك إذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيعان أحدهما : مسلم ، والآخر مشرك ، فالمسلم أحق بها من المشرك ، ثم هي للمشرك من بعده والله أعلم .

قوله : إن المسلم يدرك الشفعة الخ ، قال عمنا يحيى رحمه الله : فكل من طلبها من المسلمين بشفعة الإسلام فهي له ، ما لم يأت عليها ثلاث سنين فتكون منقطعة مثل غيرها من وجوه الشفعة ، وقد قيل بأن شفعة الإسلام لايقطعَها مرور الزمان الخ ، والظاهر الأول لما في هذا من تعطيل الحقوق إلى غير نهاية والله أعلم .

قوله : مما تكون فيه الشفعة ، بأن يكون من الأصول لا من المنتقلات .

قوله : وفي الأثر الخ : قال في المنهاج بعد حكاية الأقوال في المسألة وأوسط الأقوال : إن له الشفعة في المشاع ، ولا تؤخذ منه الشفعة في المشترك إذا كان هو شريكاً في أصل المبيع الخ ، ولعل قوله : إن له الشفعة ، محمول على ما اشتراه مسلم من ذمي ، وأما ما اشتراه من مسلم فلا يدركها بدليل ما تقدم .

قوله : فالمسلم أحق بها ، وذلك لأن المسلم له سببان ، الإسلام والشركة .

قوله : ثم هي للمشرك ، يقتضي أن سبب الشركة أقوى من سبب الإسلام ، فلذلك يأخذها الذمي من المسلم ، وهذا على قول موسى بن علي رحمه الله ، فلا ينافي ما تقدم والله أعلم .

ولايدرك أيضاً الولد الشفعة على والده فيما اشتراه لحرمة الأب ولقوله عليه السلام : (أنت ومالك لأبيك) [1] ، وكذلك ماباعه الوالد أيضاً لايدرك الولد فيه الشفعة لئلا ينتقض فعل أبيه ، ومنهم من يقول : يدركها فيما باعه أبوه ويدركها جميع القرابة ، بعضهم على بعض ، وخليفة الغائب واليتيم والمجنون والأبكم ، والوصية لايدركون الشفعة

قوله : ولا يدرك الولد أيضاً الشفعة على والده ، يعني وأما على جدِّه ففيه تفصيل . قال عمنا يحيى رحمه الله مصرحاً بما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله : ويدركا جميع القرابة الخ ، مانصه : وقد يدرك الشفعة الأخ عند أخيه والزوج عند زوجته والزوجة عند زوجها والولد عند والدته والوالدة عند ولدها والجد عند ولده وولد الولد عند جده ، إذا كان أبوه حياً فيدركها الكبير دون الصغير والله أعلم ، انتهى .

قوله : وكذلك ماباعه الوالد أيضاً الخ ، لم يتعرض رحمه الله لما باعه أحد الزوجين للآخر ، ولا لما باعه الولد لوالده ، وفي كتب أصحابنا المشارقة رحمهم الله : لاشفعة في شيء من ذلك بخلاف ماباع الوالد لولده ففيه خلاف ، قالوا : فإن باعه بالاسترخاص قوّم ، وما باعت الأم لولدها ففيه الشفعة عندهم ، فليراجع ما الحكم عند المغاربة ، ثم رأيت عمنا يحيى رحمه الله ، ذكر فيما باعه الولد لوالده قولين مصدراً بالشفعة ، وجزم فيما باع الوالد لولده بالشفعة والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

لما باعوه من هذه الأموال التي في أيديهم لأن الشفيع لايكون بائعاً وإنما يكون من يجوز أن يكون مشترياً، والرجل الواحد لايجوز أن يكون بائعاً شفيعاً كما لايكون مشترياً، وكذلك المرتهن والمسلط إذا باعا الرهن الذي في أيديهما والوكيل إذا وكل

قوله : لما باعوه من هذه الأموال، وأما ماباعوه من أموالهم للغير مما يدرك فيه الشفعة من يلون أمره، فإن الظاهر أنهم يدركون الشفعة لمن يلون أمره على من اشترى منهم، كما يؤخذ من كلامه رحمه الله في كتاب البيوع في باب الطوافة، حيث قال : وكذلك صاحب الشيء إذا أراد أن يشتريه لمن ولي أمره، فإنه ينادي بزيادته لجواز شرائه له ذلك الشيء الخ، فعلى هذا يكون مشترياً من جهتين مختلفتين، فينزل اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات، إلا أن ظاهر كلامه ها هنا أولاً وآخراً يقتضي أنه لاشفعة في هذه الصورة أيضاً، وأنه لا ينظر إلى اختلاف الجهة ويجاب عما ذكره في باب الطوافة، بأنه إنما جاز شراؤه متاعه لمن ولي أمره، لوجود البائع صورة وهو الطواف والله أعلم فليحرر. ثم رأيت في الديوان ما هو صريح في أنه يشفع في هذه الصورة، أعني فيما باع من ماله، إذا كان لمن ولي أمره فيه شفعة، حيث قال بعد كلام على ما اشتراه خليفة اليتيم أو المجنون أو الغائب لنفسه لما لمن ذكر فيه الشفعة، أنه تدرك عليه لهؤلاء بالخليفة، وكذلك إن باع ما لواحد ممن ذكرنا فيه شفعة، فإنه يدركها له أيضاً. انتهى، فيوافق ما استخرجته من كلامه رحمه الله، في باب الطوافة، وذكر عمنا يحيى رحمه الله في المسألة قولين، مصدراً بأنه لا شفعة، حيث قال : وكذلك خليفة الغائب إذا باع أرضه فلا يدرك فيه الشفعة للغائب ، فإن باع أرضاً للغائب فلا يدرك شفعتها لنفسه، ومنهم من يقول : يدركها ، وكذلك خليفة اليتيم أو المجنون أو الأبكم أو الأعمى الخ

قوله : وكذلك المرتهن والمسلط الخ، جزم أيضاً في الديوان، بأنهم يشفعون ماباعوه حيث قال : والمرتهن يدرك شفعة ما باع من الرهن، إذا كان شريكاً للراهن، وكذلك خليفة الوصية، وكذلك الوكيل على البيع و الشراء، يرد جميع ماباعه أو اشتراه بالشفعة، إذا كان شريكه، وذكر في الدفتر أنه يرده للراهن إذا باع المرتهن ذلك الرهن، وكذلك ما باعه خليفة الوصية يرده الورثة بالشفعة، وذكر عمنا يحيى في المرتهن والمسلط قولين مصدراً بعدم الشفعة، ثم الظاهر أن العمل على مافي الإيضاح على ماذكره عمنا أحمد بن سعيد الشماخي رحمه الله في كتاب السير حيث قال عند التعريف بصاحب الإيضاح رحمه الله ومدح مؤلفه ما نصه : وهذا التأليف ما أظن أُلف في المذهب مثله جمعاً وتعليلاً واختصاراً غير مخل، وتطويلاً غير ممل ولا مكرر، وهو اعتماد أهل المغرب في وقتنا خصوصاً (نفوسة) ، وبعده ديوان أبي زكريا يحيى بن الخير، وبعدهما الديوان، ديوان الأشياخ الخ، ولكن لصاحب الديوان أن يجيب عن العلة التي ذكرها المصنف رحمه الله، بأن اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات والله أعلم.

قوله : والمسلط، هو الذي جعل الرهن في يده ولم يكن صاحبه وسلط على بيع الرهن عند الأجل مثلا.

ببيع أرض أو شرائها فلا يدركون هؤلاء الشفعة لما باعوه لأن بيعهم إياه تسليم للشفعة، وكذلك ما اشتراه هؤلاء لمن استخلفوا عليه أو لمن وكلهم لايدركون شفعته لأن الشفيع إنما يأخذ الشفعة من مشتر ولايكون رجل واحد مشترياً شفيعاً لأن شراءه ذلك تسليم منه للشفعة، وكذلك أيضاً لايدركون شفعة ماباعوه أو اشتروه من أموال ما استخلفوا عليه لغائب آخر أو يتيم أو مجنون هم عليه خلائف، كما لايدركون ذلك لأنفسهم، وماباع خليفة الميت على الوصية من أرض الميت بالوصية لايدرك شفعتها ورثة الميت لأنهم بمنزلة البائع لها، ولو أرادوا أن ينزعوها من يد الخليفة بما أوصى به الميت لكان لهم ذلك، وكذلك أيضاً الراهن فيما باعه المرتهن أو المسلط كما ذكرنا، وكذلك المرتهن فيما باعه المسلط، لايدرك شفعته لأنه وكيله، ويدرك الموصى له شفعة ما باعه الخليفة، خليفة الميت على الوصية إذا أوصى له الميت بنصيب معروف من ماله أو بأرض معروفة،

قوله: لايدرك شفعتها ورثة الميت الخ، فيه أنه ذكر أيضاً في باب الطوافة، أن الطواف ينادي بعطية الورثة، إذا كان الشيء في يد الخليفة وأرادوا الشراء منه، وإذا كان يجوز شراؤهم فلم لايجوز شفعتهم، فالمناسب حينئذ إما عدم قبول زيادتهم في الشيء أو جواز الشفعة والله أعلم. لكن لاحظ للنظر مع وجود الأثر، ويمكن الفرق بينهما بما أشار إليه المصنف رحمه الله، وهو أنه إنما قبلت زيادتهم، لأن الخليفة يجوز أن يبيع لهم، وإنما لم تجز شفعتهم لأنهم يعدون مسلمين للشفعة حيث لم يدفعوا الوصية للوصي ويمسكوا الشيء لأنفسهم مع جواز ذلك، وتقدم عن الديوان الجزم بأن الورثة يردون ماباع الخليفة، يعني ـ والله أعلم ـ نظراً إلى أنهم شركاء ولم يسلموها بالفعل ولا ينظرون إلى اللازم والله أعلم.

قوله: ويدرك الموصى له شفعة الخ، وذلك لأنه حينئذ شريك لم يقاسم.

قوله: أو بأرض، المناسب أن يقول أو من أرض ليكون شريكاً أو الباء بمعنى من، والحاصل أنه متى تثبت له الشركة في الأصول أو في منافعها تثبت الشفعة.

قوله: أو بأرض معروفة، المناسب أن يقول: أو من أرض معروفة، ليكون شريكاً، وأما لو أوصى له بأرض معروفة، فهي له خاصة.

قريباً كان أو أجنبياً، وإذا كـان للميت خليفتان على وصيته، وقد استخلف كل واحـد منهما شفعة مـابـاعه الآخـر أو اشتراه، إذا كـان له شفعتـه وإن جمعهما في الخلافة، فـلا يدرك كل واحد منهما شفعـة مابـاعه الآخر أو اشتراه لأنهما بمنـزلة رجل واحد، وكـذلك الغائب واليتيم والمجنون إذا كـان لهم خليفتـان كما ذكـرنا والله أعلم.

قوله: ما باعه الآخر الخ، يعني وجـوز له رفيقه ذلك، وإلا بطل فعله من أصله، لأن تصرف أحدهما دون صاحبه باطل، والله أعلم.

باب في معرفة المشفوع عليه

والمشفوع عليه كل من انتقل إليه الملك بالشراء أو ما يقوم مقام الشراء مثل هبة الثواب أو المبادلة بالقيمة، وكذلك القضاء في الحقوق لأنه بيع من البيوع. وفي الأثر: سئل الشيوخ رضي الله عنهم عن رجل أصدق لامرأته أرضاً، هل للشفيع فيه شفعة؟ قال: لا، قيل له: وإن افتدت المرأة من زوجها بتلك الأرض بعد الفداء؟ قال: نعم ليس في ذلك شفعة، قال:

باب في معرفة المشفوع عليه

قوله: من انتقل إليه الملك الخ، يعني أو من يقوم مقامه كالخليفة وقائم المسجد، وأما الوكيل فإنه لاتدرك عليه، بل على الموكل كما ذكره في الديوان.

قوله: هبة الثواب، يعني وهي التي يرجى لها العوض من الموهوب له، وأما التي لايرجى فيها ذلك، فهي مرادفة للصدقة، ينظر كيف تشفع هبة الثواب، ولعل المراد إذا عين الثواب وكان دنانير أو دراهم كأن يهب له حصته من المشترك، ويشترط مثلاً ثواب ذلك دراهم معلومة.

قوله: بالقيمة، قيد في الهبة والمبادلة والله أعلم.

قوله: وكذلك القضاء في الحقوق لأنه بيع، وذلك لأنهم قالوا: من له على رجل دنانير أو دراهم، فإنه يتعوض بها من شاء ماعدا الصنف الذي باع له أولاً على الراجح، ويشترط في الحق العوض فيه دنانير أو دراهم لتصح فيه الشفعة والبيع، والله أعلم.

قوله: وفي الأثر، المراد به كلام الشيخ أبي زكريا، رحمه الله، فيكون المراد بالشيخ، شيخه أبو الربيع سليمان بن أبي هارون التلمشائي رحمه الله لأنه أخذ عنه، قال في كتاب السير لعمنا أحمد الشماخي: غلب عليه الشيخ فصار علماً عليه.

قوله: قال: لا، وذلك لما في الصداق من مكارم الأخلاق المنافية للبيع، فإنه مبني على المماسكة والمضايقة.

قوله: قال: نعم، أي لاشفعة، لأن ذلك كله من جراء الصداق.

والهبة أيضاً ليس فيها شفعة، فقيل: أرأيت رجلاً تبادل مع رجل أرضاً بأرض، هل فيها شفعة؟ فقال: إذا لم يجعلا القيمة لكل أرض فلا شفعة، وإن جعلا لهما القيمة ففيهما الشفعة عند كل واحد منهما، قيل له: أرأيت إن قال له: هذه الأرض وهذه الدنانير بهذه الأرض ولم يذكر القيمة، هل في هذه شفعة؟ قال: نعم ذلك قيمة، والنظر يوجب غير ذلك، فهذا يدل من قولهم ان الشفعة في الشراء أو مايقوم مقام الشراء قياساً عليه، وظاهر الحديث يدل على أن الشفعة في البيع، وهو قوله عليه السلام: (أيما رجل له شريك في دار أو ربع فأراد أن يبيعها فلا يبعها حتى يعرض على شريكه، فإن أراد فهو أولى)، وفي الأثر: وإذا تزوجت المرأة على شقص في دار، فإن ابن عبدالعزيز يقول: لاشفعة لأحد في ذلك،

قوله: والهبة، أي لغير الثواب، بدليل ما تقدم، والهبات التي يتوسلون بها اليوم إلى قطع الشفعة كلها تشفع لأنها هبة ثواب في الحقيقة، والله أعلم.

قوله: إذا لم يجعلا القيمة لكل أرض فلا شفعة فيها الخ، لم يتعرض رحمه الله لما إذا جعلا القيمة لواحد منهما فقط، هل فيها الشفعة أو لا؟ والظاهر الشفعة في التي جعلت القيمة لها دون الأخرى والله أعلم، فليحرر.

قوله: نعم ذلك قيمة، يعني أنها حيث أدخلا الدنانير والدراهم، فقد دلنا ذلك على أنهما تبادلا بالقيمة والله أعلم.

قوله: والنظر يوجب غير ذلك، هذا آخر كلام الأثر، وإنما أوجب النظر غير ذلك ـ والله أعلم ـ لأن الأرض التي دفعت الدنانير لم يجعلوا لها قيمة فدخل الجهل والله أعلم.

قوله: في البيع، من عمم يقول المراد بالبيع في الحديث مطلق المبادلة والله أعلم. قال: في الديوان: والقيلولة والتولية والمبادلة والعطية للثواب بمنزلة البيع انتهى، وقد صرح المصنف بذلك في أول كلامه، فالمعول عليه الشفعة في الجميع والله أعلم.

وكذلك قول الربيع . وكـان ابن عباد يقـول : للشفيع في ذلك الشفعـة بالقيمـة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه ، وقال ابن عبـدالعزيز: وكيف يكون ذلك وليس هذا شراء تكون فيه الشفعـة وإنما هذا نكاح ، أرأيت لو طلقهـا قبل أن يدخل بها كم يأخذ الشفيع منها؟ وبماذا يأخذها ، أبلقيمة أم بالمهر؟ وكذلك المرأة إذا اختلعت بشقص من دار في قـولهم ، فهـذا يدل مـن ابن عباد أن الشفعـة تجب في كل مـا انتقل مما تكـون فيه الشفعة بـالعوض ، وهذا في معنى البيع عنـده ، والقول الأول عليه العمـل لأن البيع بدل مال بمال ، وهـذا بدل بمعنى والله أعلـم . وفي الأثر: وإذا وهب رجل لرجل نصف أرض لـه ثم باع بعد ذلك النصف البـاقي فراراً من الشفعة ، فلا يجوز ذلك للبائع ولا للمشترى ولا للشهود ولا يدركها الشفيع أيضاً بعـد الهبـة ، وإن قـدَّم البيـع وأخَّـر الهبـة فلـه الشفعـة .

قـوله : كم يأخـذ الشفيع الخ ، الظـاهر أنـه على قول ابن عبـاد ، يأخـذ بالقيمـة نصف ذلك الشقص التي تستحقـه بالعقـد ، والنصف الثاني لاتستحقـه إلا بالدخـول ، فلا يأخـذه الشفيع إلا بعده ، ويأخذه بللقيمة والله أعلم ، فليحرر.

قوله : أبلقيمة أم بالمهر، كأن المراد بالمهر صداق المثل .

قوله : بمعنى ، في نسخة بعناء ، وهو الاستمتاع بها .

قـوله : وفي الأثـر : وإذا وهب رجل الخ ، هذا كلـه كلام أبي زكـريا رحمه الله إلى البـاب ، وفي الديـوان : وكل مافعله البـائع للمشتري مما أراد أن يبطل به الشفعـة من الهبة والاستغلاء ومـا أشبه ذلك ، فإن ذلك لايبطل الشفعـة ويردهـا الشفيع بالقيمـة إن شاء ، ومنهم من يقـول : لايحل ذلك للبـائع ولا للمشترى فيما بينهما وبين الله ، والشفعـة قـد بطلت في الهبــة ، وأمـا الاستغـلاء فإن أراد الشفيع أن يردها ، فليردها الخ .

وبلغنا أن ريح الجنة يوجد مسيرة خمس مائة عام ولا يريحه جاهل ولا قاطع شفعة ولا امرأة لغير إذن وليها ولا امرأة تصلي بطهر التفتيش وتدع بدم التفتيش، ولا من قطع بين والد وولده والزوج وزوجته والعبد وسيده، فنعوذ بالله من الضلالة بعد الهدى، ونسأله العصمة من عدو يرانا ولا نراه، وقال أبو محمد وافي بن عمار عن بعض أشياخنا، أنه قال: لو أن المشتري وضع رجلاً في الأرض ورجلاً في السماء طلباً لقطع شفعة الشفيع ماقدر على ذلك. ومعنى ذلك ـ والله أعلم ـ أن المشترى والبائع إذا احتالا على أن يقطعا شفعة الشفيع بهبة أو غير ذلك من الحيلة ما قدروا على ذلك فيرد ذلك إلى القيمة ويأخذ الشفيع شفعته إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما.

قوله: جاهل، أي للتوحيد والشرك والفرائض.

قوله: وقال أبو محمد وافي بن عمار الخ: في بعض كتب قومنا نظيره، قال في شرح الرسالة بعد كلام: وذلك أن الفقيه يحيى بن تمام اشترى حصة من حمام فيه شريك، وأشهد البائع لابن تمام في الظاهر أنه تصدق به عليه ليقطع شفعة الشريك، فقام الشريك بشفعته، فأفتى الفقهاء فيها أن ذلك يقطع الشفعة إذ لا شفعة في الصدقة، فقال الشفيع للقاضي: لا أرضى إلا بفقهاء الحضرة، فرفع إليهم السؤال على وجهه، وبدأ الشيخ أبو عمرو الاشبيلي فوقّع أسفلها، (هذا من حيل الفجار)، وأن الشفعة واجبة، فلما رأى ابن تمام جوابه، قال: هذا عقاب لايطار تحت جناحه، فالحق خير ماقيل، هات مالي وخذ حمامك، انتهى.

قوله: إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما، فلو لم يّطلعوا على ذلك واتهموها بعمل الحيلة، فهل يحلّفونهما على ذلك؟ والظاهر: نعم، وهو الذي جرى به العمل بالجزيرة، لأنه أردع لهما والله أعلم.

باب في صفة أخذ الشفعة

وبماذا يأخذها، وكم يأخذ منها، ومتى يأخذها، ومتى لايأخذها؟

أما صفة أخذها وبماذا يأخـذها ففي الأثر: وإذا أراد الشفيع أن يأخذ شفعته فإنه يأتي الشفيع إلى المشترى ومعه أمينان فيقول له: إنك اشتريت أرض فلان ولي شراؤها بالشفعـة وقد أخذت شفعتي وهذا مالك، فيعطيـه الثمن الذي اشتراها به، إن عـرفه بلا زيادة ولا نقصـان، فإن أعطاه أقلّ من الثمن الذي اشتراهـا به فقد فاتته الشفعـة، فإن أعطاه أكثر من الثمن الذي اشتراها به فقـد فاتته أيضاً، وقيل: بأن لاتفـوتـه إذا رمى لـه أكثـر من الثمن الـذي اشتراهـا بـه والله أعلم. وكذلك أيضاً إن رمى له خلاف ما اشترى بـه فقد فاتته، وذلك فيما يوجب النظر إذا أراد أن يأخـذ الشفعة فمـن حق المشتري عليه أن ينقـده الثمن من جنس مـا

باب في صفة الشفعة

قولـه : فإنه يأتي الشفيع إلى المشتري الخ، فعلى هذا تفـوت الشفعة بما يفعل الناس اليـوم من أخذهم الدراهم إلى الشاهد، ويأتون إلى المشتري ويقولون له: قد شفعنا ما اشتريته في المحل الفلاني، ودراهمك عند الشاهد، فإنه لو مـد المشتري يده وطلب الدراهم فلم يدفعها له لفاتته الشفعـة، كما يدل عليه كلامه، والله أعلم.

قوله : إن عـرفه، سيأتي أنه إن لم يعرفه وعـرف جنس ما اشترى به، فإنه يـومي له من ذلك الجنس ولو قليلاً حتى يبين المشتري قدر ذلك.

قولـه : فمن حق المشتري عليه أن ينقده الثمن الخ، فهذه شروط فـلا بد منها على ما يفهم من كـلامه رحمه الله.

اشترى به من غير زيـادة ولا نقصان، والدليل على ذلك، لـو أراد أن يأخذ الشفيع الشفعة بخلاف مـا اشترى به المشتري أو ببعضه أو إلى أجل أو بغير ثمن كان ذلك لايدركه على المشتري فإذا كان لايدركه عليه كان من حق المشتري عليه ماذكـرنا، فإذا لم ينقـده الثمن أو رمى له أقل مما اشترى بـه أو أكثر أو خـلاف ما اشترى به فاتته لترك ما أمر بـه من حق المشتري، فإذا ترك ما أمر به في ذلك صار تاركاً لشفعة، لأن الشفيع مخيَّر بين أخذ الشفعة وتركها، فهو على أخذها عندهم حتى يتركها أو يدل الـدليل على تركها منه، فإن قال قائل: فلم تفـوته إذا رمى له أكثر ممـا اشترى به؛ أليس وقدر مالـه ما اشترى به؟ قيل له: تفـوته من حيث لم يفرز له ماله، ألا ترى أن المشتري ممنوع عليه حتى يفرز له، وإنما يلزم الشفيع هذا إذا عرف مـا اشترى به المشتري من الثمـن، ومعرفة ذلـك، أما في ظاهـر الحكم فللشفيع حجته أن يأتي المشتري بأمينين يخبران الشفيع بالشراء وبالثمن، وأما فيما بينه وبين الله إذا علـم ذلك الشفيع انقطعت عنه الشفعـة بعد طلب المشتري إليه ذلك إذا أتـاه المشتري بـالبيـان أو لم يأتـه، وإن أخبره المشتري بـذلك وصـدقـه

قوله: فإذا لم ينقده الخ، قد صرح بمفهوم الشروط الأربعة.

قـولـه: فللشفيع حجتـه إلا أن يأتي الخ، فعلى هـذا لاتسمع للمشتري دعـوى العلم على الشفيع، وأنه فرَّط، إلا إذا ادعى عليه أنه أخبره بأمينين والله أعلم.

قولـه: بعد طلب المشتري، المنـاسب لما تقدم أن يقول: بـدله إذا لم ينقـده الثمن أتاه المشتري الخ، اللهم إلا أن يفـرق بين ما في الحكم وبين مـا فيما بينـه وبين الله، بأن يقال: أمـا في الحكم إذا صح بأمينين فلابد من النقد، طلب المشتري إليه ذلك أولاً، بـدليل ما تقدم؛ وأما فيما بينه وبين الله إذا علم ذلك، فإنه لاتفـوته حتى يطلبه المشتري والله أعلم، فليحـرر. وإلاَّ لزم التنافي بينـه وبين ما تقدم، وإنما قيد أيضـاً بالطلب بعد المسألة المذكـورة في الأثر لأن فرض المسألة أنـه طلب إليه الثمن والله أعلم.

فإن التصديق عند بعضهم حجة، وفي الأثر: وذكرت أن رجلاً طلب إلى آخر فقال له: اشتريت مالك فيه شفعة فادفع لي مالي، فإذا قال له الشفيع: لاعلم لي بما ذكرت، فله ذلك، وعلى الآخر البيان لما يدّعيه. وإن صدقه فيما قال وقال له: إذهب بنا الى إلسوق، فله ذلك إذا كان السوق بالقرب منهم، وأما اذا كان على البعد فلا يجد ذلك فله أن يذهب إلى بيته وإلى المنزل، إلا إن لقيه في السوق فطلب أن يذهب معه إلى بيته فليس له عليه كذلك، فهذا يدل من قولهم أن الشفيع لاتأخير له عند نقد الثمن إذا طلب إليه المشتري إلا بعذر، والعذر إن لم يجد ميزاناً أو مصباحاً إذا طلبها إليه بالليل أو ادعى الجهل فعلى المشتري البيان، أو ادعى عدم المال معه فله عليه أن يذهب إلى بيته أو المنزل أو السوق إذا كان بالقرب من المنزل أو البيت إلا إن لقيه في السوق أو في بيته فلا عذر له، والأصل في هذا العذر البين، فإن قال قائل: أرأيت إن وسع عليه المشتري هذا، أيجوز له أن يأخذ شفعته ويكون الثمن ديناً عليه برضا المشتري؟ قيل له: أرجو أن يكون ذلك إذا ترك المشتري حقه برضاء منه لأن هذا ليس بشرط في صحة أخذ الشفعة، أصل ذلك صحة أخذ الشفعة بعد ما ذكرناه من الحقوق بالعذر والله أعلم.

قوله: بالقرب، حدّه في الديوان بستة أميال.

قوله: لأن هذا ليس بشرط الخ، فيه نظر مع قوله سابقاً: فإذا لم ينقده الثمن الخ، فإن ظاهره أن النقد شرط عند العلم بقدر الثمن والقدرة على دفعه، بأن كان في منزله أو في السوق فيؤول الأمر إلى أنه شرط، مع العلم والقدرة كإزالة النجاسة بالنظر إلى الصلاة، فعلى هذا لايصح استدلال المصنف رحمه الله على عدم الإشتراط بقوله: أصل ذلك صحة أخذ الشفعة الخ، فإن حالة العذر لايقاس عليها غيرها، فإن أهل الأعذار يجوز لهم ما لايجوز لغيرهم، فالأولى أن يقول في الاستدلال على الجواز، بأن نقد الثمن حق للمشتري، فإن تركه برضاه بطل الشرط في حقه والله أعلم.

وكذلك أيضاً الأمين الواحد يكون على الشفيع حجة إذا صدقه في قول بعضهم، وفي الأثر: وأما ماذكرت من أمر مسألة الشفعة، الجواب فيها: إن كنت أخبرت الشفيع بما اشترى المشتري الذي له شفعته فرمى له أقل مما اشترى به المشترى فرجع ذلك المشتري ثم بعد ذلك سأله الشفيع: هل صدقه أم لا؟ فقال: إنه صدقك فيما قلت له، فليس في ذلك عندي شفعة وقد فاتته حين رمى له أقل مما أشترى به، وأما إن أتى الشفيع إليك فسألك: بكم اشترى المشتري؟ وأخبرت له ثم سألته: هل صدقك فيما قلت له أم لا؟ فقال: إنه صدقك ثم رمى له بعد ذلك أقل مما قلت له، فليس عندي في ذلك شفعة، فقد فاتته، وأما إن جاء الشفيع والمشتري أيضاً إليك فرمى له الشفيع الشفعة ورفع المشتري المال أم لم يرفعه، ثم بعد ذلك أخبر الشفيع بما اشترى به المشتري ديناً عليه، وثَمَّ أيضاً من يقول: الأمين الواحد لايكون حجة في أمر الأحكام، وإن قال له الذي أخبر له: قد صدقتك، لأن ذلك إنما يلزمه فيما بينه وبين الله فقولك له حين أخبرته:

قوله: وأما إن أتى الشفيع الخ، المناسب لسياق الكلام، أن يقول: وكذلك إن أتى الخ، لأن حكم المسألتين واحد، وهو فوات الشفعة بسبب قوله: إلى عندك، صوابه أن يقول مثلاً: إليك، لأن (عند) من الظروف التي لاتتصرف، فلا تخرج عن الظرفية إلا إلى الجر بمن، والله أعلم.

قوله: وأما إن جاء الشفيع والمشتري الخ، هذا الكلام لم يستفد منه حكم ولعل فيه سقطاً فليراجع.

قوله: الشفعة، أي مايشفع به، وهو الثمن.

قوله: في أمر الأحكام، يعني لأنه من باب الشهادة، وأما أمر العبادات، فإنه يقبل قوله لأنه من باب الرواية.

قوله: وإن قال الخ: (إن) هذه وصلية فلا جواب لها، والواو قيل: للحال، وقيل: عاطفة على شيء مقدر، أي إن لم يصدقه، وإن صدقه والمعنى أنه لايكون حجة ولو صدقه.

هـو ليس منك بحكم، فإنما هـو إخبار منك بما حضرت لـه، وعلى ذلك القـول ليس في ذلك ما تفوتـه به الشفعة وهو أقرب عنـدي في الأحكام، وفي الأثر: وفي رجل اشترى ما لـرجل فيه شفعة فقـال: اشتريت بكذا وكذا، ووافقـه البائع على ذلك أو خالفه، فالقول قول الشفيع، وعلى المشتري البينة لما يدعيه، فإن لم تكن له بينة فعليه اليمين أيضاً على مـا ادعى، فهذا يدل من قولهم إن البائع والمشتري لايكونـان عليه حجة، وذكر في بعض كتب المتقـدمين: ولا تبطل شفعة الشفيع إلا بخبر البائع والمشتري أو الشاهدين إذا فرط بعد خبرهم، وأما من سواهم فلا، فهـذا يـدل منهم على هـذا القـول: أن البـائع والمشتري حجـة عليـه، وإذا أراد الشفيع أن يأخـذ شفعته ولم يعلم مـا اشترى بـه المشتري فإنه يطـرح له دينـاراً أو درهماً لأنهما أثمان الأشياء حتى يتبين لـه الثمن الذي اشترى بـه، ولعل هذا منهم استحبابـاً لا وجوباً لأنه يمكن الشراء بغير الـدنانير والدراهم مما يكـال أو يوزن والله أعلم. وأما إن علم الجنس الـذي اشترى به غير أنـه لم يفهم مقداره مثل إن اشترى بالدنانير أو الدراهم، ولم يعلم عـددها فإنه يجزيء أن يعطيه ديناراً واحداً حتى يبين لـه المشتري عـدد مـا اشترى بـه لأنه معـذور في هـذا كلـه، وكـذلك

قـوله: فإن لم تكن لـه بيِّنة فعليـه اليمين، هذا يقتضي، أن القـول قولـه مع يمينه، وسيأتي لـه التصريح بذلك، حيث قال: لأن القول قول المشتري في الثمن. ؟

قـوله: فعليـه اليمين، أي فعلى المشتري اليمين، وأمـا البائع، فـالظـاهـر أنه ليس بينـه وبين الشفيع كلام، فلا يحلف على مـا أخبر به من الثمن، ولا على غيره مما يدعيه الشفيع، لأنـه لاعلاقة بينهما والله أعلم.

قـوله: استحبـاباً لا وجـوباً الخ، يعني فـلا يجب عليه أن يعطـيه شيئاً حتى يعلم جنس مـا اشترى به.

مـا يكال أو يـوزن إن اشترى بـه ولم يعلم الشفيع مقـداره فإنه يجزيـه أن يأتي بشيء من ذلك النوع، وإن كـان يسيراً فيعطيه إيـاه حتى يبين له الحق، وإن علم الشفيع كيل ذلك النوع أو وزنـه إلا أنه شيء لـه مؤونة فإنـه يعطيه أيضـاً شيئاً من ذلك النوع، وإن كـان يسيراً فيعطيه إياه حتى يـأتيه بما بقي من الثمن إلى الموضع الذي هو فيـه لأنه معذور في هذا كله إن لم يأت منه تعـدّ والله أعلم. وكذلك لو أن رجـلاً اشترى من رجل عروضـاً كثيرة ولها مـؤونة فـوجد فيهـا عيبـاً كان عنـد المشتري فإنـه يأتي بالبـائع إلى الحاكم معـه شيء من ذلك النوع وإن كـان يسيراً، فيخاصمه عليه بجميعـه، وإن لم يحضره كله لأن الخصومه إنما وقعت على العيب بينهما، وكذلك المسألة الأولى وقعت الخصـومة على الشفعة، فإذا وجب الرد على البـائع بـالعيب فيرد ذلك الشيء ثم يكـون على المشتري بعد ذلك أن يـوصل لـه الباقـي إلى الموضع الذي اشترى فيه، لأن المشتري إذا وجـب الرد بالعيـب فعليه تسليمه إلى موضع أخـذه فيه وهو العدل بينهما، ومـا هلك منه قبل أن يصل إلى البائع، فهو من مال المشتري حتى يصـل إلى البائع، وإن وصل إلى البائع بعضه وهلك بعضـه فـلا يدرك عليـه رد الـذي وصل إليـه حين لم يـوصله إليـه كلـه،

قوله: فإذا وجب، هذا راجع للمسألة الثانية.

قولـه: أن يوصل له البـاقي، ظاهره ولـو كان مدلسـاً وفيه تأمل، لأنه ظـالم، والظالم أحق أن يحمل عليه والله أعلم.

قوله: وهلك، يعني بغير ذلك العيب كما هو معلوم.

فيكون ما وصل إلى البائع قد وصل، وما لم يصل فهو من مال المشتري، وإن اشترى المشتري بكسر من الدينار نحو نصفه أو ثلثه أو ربعه وما أشبه ذلك من الكسور فإنما على الشفيع الدراهم وهو الذي يجبره به الحاكم، وفي الأثر: وإن اشترى المشتري بثمن معلوم إلى أجل معلوم فإنه يأتيه الشفيع بذلك الثمن فيريه إياه ثم يقول: أخذت شفعتي وهذا في يدي، فإذا حضر الأجل أعطيته إياك ثم يرد الثمن، فإذا بلغ الأجل الذي بينهما فيأتيه ويعطيه إياه وله أن يصرفه في حوائجه إن احتاج إلى ذلك، ثم يعطيه غيره عند الأجل ثم يدخل الشفيع في الأرض فيأكل منها ويعمرها وليس له أن يأكل منها شيئاً ولا ينتفع منها حتى يأخذ الشفعة من المشتري، فهذا يدل منهم أن الشفيع يدرك الشفعة ولا يدرك المشتري عليه الثمن إلى الأجل، إلا إن شاء الشفيع أن ينقده الثمن فهو بالخيار والله أعلم. وإن اشترى المشتري بحيوان أو متاع فيأتيه الشفيع بالعدول فيقوّمونه على الصفة التي يصفها المشتري لهم، وإنما يلزم الشفيع أن يأتي بالعدول لأنه

قوله: فيكون ما وصل الخ، الظاهر أنه بالنصب في جواب النفي، على حد ﴿لايقضى عليهم فيموتوا﴾، والمعنى أنه لايدرك المشتري على البائع الرد لما بقي حتى يكون ماوصل الخ، وهذا هو المناسب لما ذكره رحمه الله في كتاب البيوع من أن حجة البائع أن يقول: رد الشيء كما أخذته وإلا فلا شيء لك فليراجع، والمناسب أن يقول: فلا يكون، وعبارة عمّنا يحيي رحمه الله أصرح في المراد، حيث قال: بعد ما نقله المصنف، من أن ما هلك من مال المشتري ما نصه: وإن وصل إليه بعض وقد هلك بعض، فلا يدرك عليه رد الذي وصل إليه حين لم يوصله إليه كله، انتهى.

قوله: وليس له أن يأكل الخ، هذا الحكم عام في ثمار جميع ما يشفع، فهو إلى الاستئناف أقرب، والله أعلم.

قوله: أو متاع، يعني مما ليس منه.

قوله: فيقوّمونه على الصفة الخ، لعل هذا إذا لم يكن حاضراً أو كان حاضراً وتغير، وأما إذا حضر ولم يتغير فإنه لاحاجة إلى الصفة.

مأمور بتسليم الثمن إلى المشتري والتسليم لايصح إلا بالقيمة، وما لايمتثل الأمر إلا به فهو مأمور به مثله، وإنما يقوِّموه العدول بقيمته يوم الشراء لأن الشفيع إنما يلزمه أن يعطي ما وقعت عليه الصفقة إن كان شيء يصح فيه المثل فمثله، وإن كان شيء لايمكن فيه المثل فقيمته يوم وقعت الصفقة لأن الصفقة له وقعت، وإن اختلفا في الصفة فيقومونه على الصفة التي يصفها لهم المشتري ثم يحلف على الصفة التي وصفها لهم، لأن القول قول المشترى في الثمن، وكذلك القول قوله في الصفة، وإن اشترى المشتري بفاكهة في أوانها نحو الرطب والعنب وما شابه ذلك، ثم أتى الشفيع في غير أوانها في وقت لم يجد ذلك في أيدي الناس ليقطع عنه الشفعة فإنه إن لم يعطه ذلك في ساعته فقد فاتته الشفعة لأنه ربما يكون التعطيل من قبل الشفيع إلى وقت لم يكن ذلك الشيء في أيدي الناس، وقد قيل: إنه يقوّم عليه ذهباً وفضة فيعطيه إياه في ذلك الوقت ويأخذ شفعته بقيمة ذلك يوم الشراء والله أعلم. وإن طرح الشفيع للمشتري الثمن الذي اشترى به ثم ذهبا عنه جميعاً حتى هلك فهو من مال المشتري لأنه هو الذي ترك ماله لم

قوله: شيء، لعله شيئاً.

قوله: لأن القول قول المشتري، يعني فعليه اليمين، لكن بعد عجزه من البيّنة، كما يؤخذ مما تقدم في مقدار الثمن.

قوله: وقد قيل إنه يقوّم عليه ذهباً الخ، هذا هو الظاهر، وأما القول الأول فعليه قطع حقوق الناس بأمر متوهم، وقد تقدم أنه لاينقطع حقه في الحكم على المختار إلا بأمينين، فكيف يقول: لأنه ربما أن يكون كالتعطيل من قِبَل الشفيع الخ؟ والله أعلم.

قوله: ذهباً، منصوب بنزع الخافض.

قوله: وإن طرح الخ، يعني بعد ما تبيَّن وثبت أنه شفيع، وأن الواجب على المشتري القبض.

يأخذه حتى هلك، والشفيع فعل ما يجب من التسليم، لاتبعة عليه، فإن قال قائل: أليس الثمن في ذمة الشفيع، فهلا كان لا يبرئه منه إلا قبض المشتري إياه كسائر الديون؟ قيل: لما كان لزوم الثمن للشفيع لزوماً مضيقاً لا توسعة فيه عند أخذه الشفعة أشبه الشيء المعين من هذه الجهة، ويدل على ذلك أنه لو رفعه بعدما طرحه للمشتري لبطل حقه، فلما كان رفعه يوجب بطلان حقه في الشفعة كالمعين من هذه الجهة فإن قال: فلم يبطل حقه في الشفعة إذا رفعه بعدما طرحه للمشتري؟ قيل له: لما كان الشفيع مخيراً في أخذ الشفعة وفي تركها ولا يحل له أخذها إذا رضي في قلبه بتركها كان رجوعه إلى الثمن الذي طرحه للمشتري بيان منه لما كان في قلبه من الرضا بترك حقه في تلك الشفعة، وكذلك أيضاً إذا رفعه خليفته فهو مثله في ذلك لأن الخليفة في مقامه فيما له وفيما عليه، وكذلك إن أمر من يأخذه فهو في ذلك سواء أخذ المأمور أو لم يأخذه، وأما إن أخذه أحد من الناس بغير أمره فلا تفوته الشفعة بذلك لأنه لم يأمره، وكذلك ولده أو والده أو عبده فلا يضر رفع هؤلاء ذلك بغير أمره والله أعلم. وفي الأثر: وإن أخذ الشفيع شفعته بنفسه فله ذلك، وإن استخلف من يأخذه فله ذلك، وكذلك إن قطعها المشتري بنفسه فله ذلك وإن استخلف من يقطعها فله ذلك. وأما المأمور فالله أعلم في الوجهين جميعاً. ويعجبني

قوله: وأما المأمور فالله أعلم، الفرق بين الخلافة والأمر، أن الخلافة تحتاج إلى المقبول، بخلاف الأمر كما ذكره أبو زكرياء، رحمه الله في كتاب النكاح.

أن يكون في ذلك كله والخليفة سواء، وقيل غير ذلك والله أعلم. وكذلك أيضاً جائز للشهود أن يذهبا مع الشفيع ليأخذ شفعته إذا دعاهم إلى ذلك، وكذلك المشتري إذا دعاهم أن يصطحبا معه ليقطع عن الشفيع شفعته، إلا أنهم لايأتونه بغتة أو في حين غفلة، وذلك لأن كل واحد منهما له فعل ذلك، وفي الأثر: وللشفيع أيضاً أن يهرب من المشتري ويستتر منه ويخفي عنه نفسه ما استطاع حتى يهيىء له الثمن الذي اشترى به، وللمشتري أيضاً أن يطرده ويبحث وراءه حتى يلحقه، وقد بلغنا: يتطاردان على الخيل وليس للمشتري فيما بينه وبين الله أن يستتر من الشفيع أن يعطيه شفعته فيما بينه وبين الله إن أراد الشفيع، ولا يدركها في الحكم لأن المشتري لايجوز له ولا يحل له أن يسعى فيما يقطع حق الشفيع، وكذلك البائع والشهود لايحل لهم أن يعينوه على ذلك والله أعلم. وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولهاشفيع بثمن معلوم ثم حط البائع عن المشتري من الثمن الذي يكون بين الناس مثل المسامحة في البيع والشراء فإنه يعطيه الشفيع مثل الذي خرج من يده لأن الصفقة له، وكذلك أيضاً إن ولاه المشتري لغيره، وإنما يلزم المولى له ما أعطى المشتري للبائع دون ما اشترى به إذا

قوله: في ذلك كله والخليفة سواء، ويدل لعدم الفرق بينهما، مسألة أخذ التمييز بعد طرحه، حيث جعلوا المأمور بمنزلة الآمر والله أعلم.

قوله: أن يستتر من الشفيع، يعني بأن يرسل له الأمينين فيخبراه، ثم يشتر منه نفسه.

قوله: لأن المشتري الخ، علّة لقوله: فعليه أن يعطيه شفعته الخ. وقوله: لايدركها عليه في الحكم، جملة معترضة بين العلة ومعلولها.

ترك له شيئاً على وجه المسامحة التي تكون بين الناس في البيع والشراء، وأما ما حط البائع عن المشتري من الثمن على وجه رحم بينهما أو على وجه ثواب أو غير ذلك مالم يكن على وجه المسامحة بين الناس في البيع والشراء فإن على الشفيع أو المولى له ما وقعت عليه الصفقة، لأن ذلك ليس من سبب البيع والله أعلم. وعلى الشفيع والمولى له إعطاء الثمن للمشتري دون البائع، أعطاه المشتري شيئاً أو لم يعطه إياه، لأن الخصيم في ذلك المشتري دون البائع، لأن الشفيع لاتجب له الشفعة إلا بعد حصول الملك للمشتري، وكذلك المولى له فإذا أخذ المشتري عن الشفيع والمولى له قبل أن يعطيه هو البائع ثم أعطى البائع فحط عنه منه شيئاً على وجه المسامحة التي تكون بين الناس في البيع والشراء، فعلى المشتري أن يعطي ذلك للشفيع أو المولى له، ولا يجوز له إمساكه لأن التولية والشفعة إنما يكونان على ما كان عليه الشراء والله أعلم. ألا ترى أن المشتري لو اشترى بعشرة دنانير ثم قضى للبائع في تلك الدنانير سلعة ثم أخذ الشفيع شفعته أن على

قوله: على وجه المسامحة، يعني قوله ﷺ: (المؤمن سمح إذا باع، سمح إذا اشترى، وسمح إذا قضى، وسمح إذا اقتضى)، أو كما قال: فإن المراد عند بعضهم، أن يترك البائع شيئاً من الثمن أو يزيد المشتري شيئاً، فليراجع كتاب البيوع له، رحمه الله.

قوله: أو على وجه الثواب، يعني في مقابلة هدية سبقت عنده مثلاً.

قوله: لأن الخصيم في ذلك المشتري الخ، فعلى هذا لاينصب الحاكم الخصومة في ذلك الشيء بين الشفيع والبائع بوجه من الوجوه، فإن أنكر البيع مثلاً أو اتهمه أنه عمل مع المشتري حيلة في قطع الشفعة أو نحو ذلك، بل الكلام في ذلك كله مع المشفوع، والله أعلم.

قوله: الدنانير، نائب الفاعل للمضمون له.

الشفيع العشرة دنــانير التي اشترى بها المشتري دون غيرهــا إلا إن اتفقــا على ذلك جميعاً ، والمشتري يجوز له أن يعطي للبـائع في حقه ما اتفقا عليـه ، سواء أخذ من الشفيع أو لم يأخذ ، والشفيع لايلزمه إلا مـا وقعت عليه الصفقة لأن الصفقة له ، وقضــاء المشتري إياه سلعــة بيع ثانٍ لايلـزمه كـالضمين إذا أعطى للمضمون لـه الدنانير عــروضاً ، فإنما له على المضمون عليه ما ضمن عليـه وهي الدنانير لاغير، وفي الأثر: وأما إن اشترى رجل من رجل سلعة بعشرة دنانير أو أقل من ذلك ، أو أكثر منه ، فقضى له فيها دابة أو خادماً أو طعاماً أو ما أشبه ذلك ثم ولاها لغيره ، فإنما له على المولى له مثل الــذي أخذ البائع من المشتري دون الثمن الأول ، ومنهم من يقول : إنما عليه مثل الثمن الأول دون الذي أخذ منه ، وكذلك إن أقاله البائع فيها أو ردها عليه بعيب كان فيهــا قبل الشراء فإنما يرد البائع على المشتري مثل ما أخــذ منـه ، ومنهم من يقــول : إنما عليــه مثل الــذي اشترى بــه أول مــرة ، فهــذا الاختلاف يدل منهــم أن التولية تتردد بين أن تكون فسخ بيع متقــدم أو تكون بيعاً ثانيــاً ، فإذا كانت فسخ بيع متقــدم كان على المولى لــه مثل الذي أخــذ البائع من المشتري كما لو فسخ البيع بين البـائع والمشتري ، فإذا كانت بيعاً ثانيــاً ، كان على المولى مثــــل الثمن الأول دون الذي أُخــــذ منـه ، لأنها بيع مثل البيــــع الأول ، وكذلك الإقالــة والــرد بالعيب على هذا المقياس ، يترادَّان بين أن يكـونا فسخ بيع

قوله : مثل الذي أخذ البائع ، يعني أن كان مثلياً كالحبوب والأدهان وإلا فقيمته كالحيوانات .

قوله : والرد بالعيب ، المختار أن الــرد بالعيب إذا كان بحكم الحاكم فهو فسخ بيع ، وإلا فهو بمنزلة بيع ثان ، كما يؤخذ من كلامه فيما تقدم .

متقدم أو بيعاً ثانياً، فإذا كانا فسخ بيعٍ، كان على البائع مثل ما أخذ من المشتري، وإذا كان بيعاً ثانياً، كان على البائع مثل الذي اشترى به أول مرة، فإن قال قائل: فكيف تكون التولية فسخ بيع متقدم، والفسخ إنما يكون بين البائع والمشتري، ولا يكون إلا برضاء منهما جميعاً إذا كان البيع صحيحاً؟ قيل له: نعم إذا كان البيع صحيحاً فلا يكون الفسخ إلا برضاء البائع والمشتري جميعاً، وإن أراد المشتري فسخه وكره البائع لم يلزم البائع ما لم يجب عليه من فسخه، وجاز للمشتري أن يفسخه مع غيره، أصله جواز البيع أن يبيعه لغيره، ولهذا قال الآخرون: التولية بيع الثاني فسخ عقد متقدم لحق أحدهما يكون برضا صاحب الحق دون الآخر وهو الرد بالعيب، أصله البيع الموقوف إلى رضى أحد المتبايعين، والثالث فسخ لايجوز للمتبايعين إتمامه لنهي النبي ﷺ وهو بيع الغرر رجعنا إلى المسألة الأولى وأما إن خرج في بيعهما انفساخ فإنما عليه أن يرد مثل الذي أخذ منه أو قيمته إن لم يكن فيه المثل، وإن كان الذي أخذ قائماً بعينه فليرده هو بنفسه دون ما سواه، وكذلك إن تزوج رجل بامرأة وأصدق لها مائة دينار فقضى لها فيها سلعة أو دابة أو عروضاً أو ماأشبه ذلك، ثم فاداها بعد ذلك فإنما ترد عليه مثل الذي أخذت منه، إذا ذهب الذي أخذت من يدها، فإن كان قائماً بعينه فلترده عليه بعينه، فان قال قائل: إذا فسخ نكاح وليس بطلاق على هذا المعنى؟ قيل له: ولو كان الفداء طلاقاً فلا يدرك الزوج على الزوجة في الفداء إلا ما

قوله: ثانياً، أي مماثلاً للبيع الأول.

قوله: مثل الذي أخذ منه الخ، وذلك لأن القضاء الواقع فيه مبني على فاسد، والمبني على الفاسد فاسد.

أخذت منه مـن أجل أن الزوج لايحل له أن يأخذ منهـا فوق ما أصدقهـا ، لقوله عليه السلام (وأما الزيادة فلا) ، وذلك في الفداء وحديثه مشهور، وفي الأثر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً بمائة دينار وهي تساوي عشرة دنانير فقال بعض أهل العلم : إن الشفيع بالخيار، إن شاء أخذ الثمن الذي اشترى به المشتري وإن شاء ترك ، وليس له ردها إلى القيمـة ، ويكون إثم ذلك على من فعله ، وقال بعضهم : يرد ذلك إلى قيمة أهل العدل فيقوِّمونـه بقيمته عند الشراء ، فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء تـرك ، والقول الآخـر هو الـذي عليه العمل . والـذي يلزم الشفيـع ما وقعت عليه الصفقـة دون غيرها لأن الله جعل الحكم على ماظهـر، وعند الله تبلى السرائر، وأمـا من رد ذلك إلى قيمة أهل العـدل فهـو الأعدل عنـدي بين الشفيع والمشتري ، إلا أن حقيقة ذلك لايعلمها إلا الله .

قوله : والقول الآخر، المراد به الأول.

قوله : والذي يلزم الخ ، الظاهر أنه معطوف على قوله : الذي عليه العمل دفع به ما يتوهم أن المراد بالآخر الأخير، مع أنه ليس كذلك كما يدل عليه السياق ، والله أعلم .

باب كم يأخذ الشفيع من الشفعة

إعلم أن الشفيع لايخلو أن يكون واحداً أو في كثرة، والمشفوع عليه لايخلو أن يكون واحداً أو في كثرة، فإن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحدا فالواجب عليه أن يأخذ الكل أو يدع الكل، وإن كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا في ذلك في موضعين، أحدهما: في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم، والثاني: إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً أم لا؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في الملك الذي ورثوه لأنهم أهل أسهم واحد وبعضهم أهل عصبة، أما كيفية توزيع المشفوع بينهم فإن بعضهم قال: يقسم المشفوع فيه بينهم على قدر حصصهم، فمن كان نصيبه الثلث أخذ الثلث من المشفوع فيه بثلث الثمن، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع ومن كان نصيبه أكثر من ذلك أخذ على قدر سهمه، وهذا إذا جاءوا إليها جميعاً، وإن تسابقوا فهي لمن وثبها منهم، وإن سلمها بعضهم فهي للباقي، أخذوها جميعاً أو تركوها جميعاً، ولا يدخل الضرر على المشتري في ذلك، وقال بعضهم: إنها تقسم للشركاء على رؤوس الرجال، وليس فيها لصاحب النصيب الأكثر فضل على صاحب النصيب الأقل، وإن تسابقوا إليها فهي لمن سبقها منهم، وإن سلمها أحدهم للمشتري أو تبرأ منها، فلغيره من الشفعاء أخذها جميعاً أو تركها جميعاً،

باب كم يأخذ الشفيع من الشفعة

قوله : أو يدع الكل، أي لأن الشريك ضرر.

ولا يدخلون الضرر على المشتري، فمن الحجة لأصحاب القول الأول: أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بملك متقدم، فوجب أن يقسم على الأصل، أصله سائر الأرباح في شركة الأموال، وعمدة أصحاب القول الثاني: أن الشفعة تجب بنفس الملك، يستوي في ذلك أهل الخطوط المختلفة باستوائهم في الملك، إذ كل واحد منهم يسمى مالكاً، ويعضد هذا شفعة الجيران تقسم على رؤوسهم إذا جاءوها جميعاً بلا خوف أعرفه بينهم، وإن تسابقوا إليها لمن سبقها. وأما المسألة الثانية، إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً أو لا؟ وفي الأثر: وقد قال بعض أهل العلم: إن الشركاء المتفرقين إذا اجتمعوا في الميراث، أن الشفعة للشركاء الأقارب دون سائر الشركاء، ثم هي لغيرهم من الشركاء إذا تركها شركاؤهم، وذلك نحو رجل مات وترك ثلاث جدَّات وأربع نسوة وخمس بنات، ثم إن إحدى البنات إذا باعت فريضتها فالبنات أحق بشفعتها من الجدات والنسوة، ثم هي للجدات والنسوة إذا تركها البنات، وكذلك إذا باعت إحدى الجدات أو إحدى النسوة، وكذلك الأخوات وغيرهم من الورثة الذين ورثوا نصيباً معروفاً من الميراث، فهم أحق بالشفعة لما باعه أحدهم من نصيبهم دون غيرهم من الشركاء، ثم هي لسائر الشركاء بعدهم إذا تركوها، وأكثر القول بأن الشفعة لمن أوثبها من الشركاء كائناً ما كان، وليس أحد أولى من غيره والله أعلم. وأصحاب القول الأول، جعلوا الشركاء في السهم أولى من غيرهم من الشركاء، لأن الشركة مختلفة الأسباب، أعني بين ذوي السهام، فأصحاب السهم أقرب بعضهم إلى بعض من غيرهم، وأما أصحاب القول الثاني، أخذوا

بعموم قضائه عليه السلام بالشفعة بين الشركاء، ولم يخص ذوي سهم من غيره، وهو الصحيح والله أعلم. وكذلك شفعة الجار إذا كانت لأكثر من شفيع واحد وكان بعضهم أقرب من بعض. قال بعضهم: أولاهم بالشفعة أقربهم، ثم الذي يليه إلى آخرهم، لأن الجار القريب أولى من الجار البعيد، وقال آخرون: هم جميعاً سواء في الشفعة، القاصي منهم والداني، واسم الجار يشملهم لقوله ﷺ: (الجار أحق بصقبه)، ومثل هذا ماذكر في الأثر: وإذا قسم الفدان أربعة نفر أو خمسة أو أكثر من ذلك فباع أحدهم سهمه منهم، فالذي يليه أحق بشفعته، ثم الذي يليه، وإن كان أوسطهم فكل من التزق فهم سواء في شفعته، وقال بعضهم: هم جميعاً سواء في شفعته، القاصي منهم والذي يليه أحق بشفعته من غيره، ثم الذي يليه، ثم الذي يليه. وقال بعضهم: هم جميعاً سواء في الشفعة من كان يليه منهم ومن لم يله والله أعلم. وإذا كان في الدار بيوتاً كثيرة لأناس شتى وبابها واحد، فباع أحدهم بيته، فجميع أصحاب البيوت اللواتي في الدار سواء في الشفعة، لتساويهم في شركة ما تجب به الشفعة وهو الاشتراك في الطريق، إلا أن يكون بيتاً يشارك الآخر في المرسى فصاحبه أحق بالشفعة، لأن من اشترك معه بسببين أولى ممن اشترك معه بسبب واحد، وكذلك إذا كان في الدار غيران مثل ذلك، فإن

قوله: ولم يخص ذوي سهم، يعني فالقرابة المذكورة إنما تنفع في النسب دون الشفعة، لأنه حق ثبت لأجل الشركة فلا فرق.

قوله: من غيره، في نسخة: ذوي سهم.

قوله: أحدهم، الأولى أحدهما.

قال قائل: فلم فرقوا بين هذه المسألـة ومسألة أصحاب المقاسم؟ قيل له: مسألة أصحـاب المقاسـم شركتهم في تلك المضرة واحدة، وإنما تفـاوتـوا في تلك المضرة بعينها ولم يختلفـوا في الشيء الذي تجب به الشفعـة، أعني أن يشتركوا في سببين، وأما مسألـة أصحاب البيوت في الـدار فقد اختلفوا، فمن اشترك معـه في مرسى البيت ومـرسى الـدار أولى ممن اشترك في مـرسى الـدار لاغير، كما أن الشريك في البيت أحق بـالشفعـة من أصحاب السكـة والله أعلم. وفي الأثـر: سئل الشيخ رضي الله عنه عن الـدروب: هل فيها شفعة أم لا؟ قال: إن في ذلك اختـلافاً بين الفقهاء، فمنهم من يقـول: بأن فيه الشفعـة، وقال بعضهم: ليس فيـه شفعة، والدروب هي السكة التي فيها دور كثيرة وهـي غير نافذة؛ فقلت: فعلى مذهب الذين يـوجبون فيـه الشفعة، فمن أولاهم بها؟ قال: هم فيهـا جميعاً سـواء، وقد قيل: بأنـه أحق بشفعتهـا أدناهـا بـاباً إليهـا، قلت: فـالسكـة تكون فيهـا دور مصطفة، أو متقابلـة، هل تكون فيها شفعة إن اشتركـوا المرسى؟ قال: نعم، فما حدّ اشتراك المرسى؟ قـال: إذا لم يكن بين أبوابها أربعة عشر ذراعـاً، فقد اشتركن المرسى إذا كـانت متقابلـة، أو سبعـة أذرع إذا كانت مصطفـة في سطر واحـد، قلت: فـالتي معها في السطر التـي هي فيه، والتي تقـابلها من السطـر الثاني في ذلك سـواء؟ قال: نعم، ومسألـة الدروب مثل مسألـة أصحاب المقـاسـم، لأن

قوله: فلم فرقوا، يعني حيث ذكروا قولين هناك، ولم يذكروا هنا إلا قولا واحداً، والله أعلم.

قوله: أن يشتركوا، في نسخة: يختلفوا.

قوله: السكة، والسكة الطريق، والسكة أوسع من الزقاق.

قوله: اشتركن، في نسخة: اشتركوا.

بعضهم اشترك مع بعض مالم يشترك البعض الآخر في تلك المضرة، وأصحاب الدار شركتهم مساوية والله أعلم. وفي الأثر: وإذا كانت أربعة بيوت أو خمسة متراكبة بعضها فوق بعض لأناس شتى، فباع رب البيت الفوقانية فالذي تحته أحق بشفعته ثم الذي يليه، ثم الذي يليه، إلى السفلاني، وكذلك إذا باع السفلاني فالذي فوقه أحق بشفعته ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني، فإن باع الأوسط منهم فالذي تحته هو أحق بالشفعة ثم الذي يليه حتى يدرك السفلاني، ثم هي لمن فوقه بعد ذلك ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني، وهذا إذا لم يشتركوا طريقاً ولا مرسى، وإما إذا اشتركوا الطريق أو المرسى وكانت أبواباً مصطفة متقابلة في موضع واحد بعضها فوق بعض، فهم جميعاً في الشفعة، سواء من باع منهم كائناً ما كان والله أعلم. وفي القياس في هذه المسألة تقتضي غير هذا. وفي الأثر أيضاً: وإذا أُخذت قناة أو ترعة من واد ومن شِعب ثم قسمت على ثلاثة أقسام أو أربعة ثم قسم كل منها بعد ذلك أيضاً على قسمين أو ثلاثة، فباع السفلاني منهم نصيبه، فالذي قسم معه من الأقسام السفلانية أحق بشفعته، ثم أصحاب الأقسام الذي يلونهم من فوقهم، ثم الذين يلونهم الخ، وإن باع صاحب القسم الأوسط فالذي قسم معه من الأقسام أحق، وإن تفرقوا بعد ذلك فهم جميعاً أحق بشفعته،

قوله : على ثلاثة أقسام أو أربعة، إنما قيد بذلك لتصح فيه الشفعة، وأما أكثر من ذلك فإنه لاشفعة بها كما تقدم في الطرق.

قوله : وإن تفرقوا، (إن) هذه وصلية لاجواب لها.

قوله : أحق بشفعته، يعني إلى آخرهم بدليل ما بعده.

قوله : مصطفة، وذلك بأن تكون في مكان مستوٍ كجنان قسم بين جماعة مشتركة في منفعة تدرك بها الشفعة.

من الذين يلونهم من فوقهم، ثم الـذين يلونهم الخ، وإن بـاع صـاحب القسم الفوقاني فهم جميعـاً في شفعته سواء، سوى ما بينـاه من الاختلاف في الأقسام إذا كـانت مصطفة أربعـة أو خمسة أو ستـة، فبـاع القاصي منهم فـالذي يليـه أحق بشفعته منهم، ثم الذي يليه ثم الذي يليـه إلى أقصاهم في الناحية الأخرى، فإن باع صاحب القسم الأوسط فالذي على يمينه والذي على يساره هما أحق بشفعته من الـذين يلـونهم ثم الـذين يلونهم ثم الـذين يلـونهم الخ. ومنهم من يقـول: أصحـاب القسم جميعـاً في الشفعة سـواء، قـريبهم وبعيدهـم فيها سـواء، والله أعلم. والذي يـوجبه النظر عنـدي أن أصل اختلافهم في هذه المسـائل من جهة اختلاف المضرات لاختلاف الأسباب، فمن تقـوَّى عنده السبب عمل به ومن لم يتقو عنده جعله كغير شيء، والله أعلم.

قوله: من الذين يلونهم، في نسخة ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم.

قوله: وبعيدهم، أي بأن تجول بينهم بعض أقسام الأصل فهو أولى وإن بعد.

فصـــــل

وأما إذا كان المشفوع عليه ثلاثة أو أكثر وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهم دون الآخرين، فله ذلك لأن حقه يأخذ منه ما أراد ولم يدخل في ذلك ضرراً على المشتركين لأن الشركة ثابتة بينهم والله أعلم. وإن اشترى رجل من رجل فدادين كثيرة في صفقة واحدة، فهم في مواضع شتى وللشفيع شفعة أحدهم دون سائرهم فله شفعة ذلك الفدان الذي له شفعته بقيمة العدول بحسب ما ينوبه من ذلك الثمن من بينهم، أصل ذلك إذا فرقوا في البيع لا يدرك إلا شفعة ما له شفعته، وكذلك إذا جمعهم، ومنهم من يقول: له شفعة الجميع في شفعة ذلك الذي له شفعته، لأن هذه صفقة واحدة، والقول الأول فيما يوجبه النظر أصح، ألا ترى لو أن مشركاً اشترى أرضاً من مشرك ومسلم في صفقة واحدة، فإن المسلمين لايأخذون من المشرك إلا ما ينوب المسلم بشفاعة الإسلام، ولا يدركون عند المشرك ما ينوب المشرك ولو كانت صفقة واحدة، وهذه مثلها والله أعلم. وإن اشترى رجلان أرضاً من رجل ولها شفيع وأَحَد المشترين هو والده، فله أخذ نصيب المشتري الذي هو ليس بوالده، ولا يدرك نصيب والده منه كما ذكرنا، وكذلك إن اشترى رجل من رجلين أرضاً ولها شفيع وأَحَد البائعين هو والده، فله أخذ نصيب البائع الذي هو ليس بوالده عند المشتري، واختلفوا في نصيب والده، قال بضعهم: يدركه، وقال بعضهم: بأن لايدركه عند المشتري، لئلا ينقض فعل والده والله أعلم.

قوله: ولم يدخل الخ، الظاهر أن الجملة حالية أراد بها إخراج ما إذا كان المشفوع عليه واحداً.

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة؟

ومتى تفوته ولا يأخذها؟

إختلف العلماء في ذلك، قال بعضهم: الشفعة واجبة للشفيع على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب، فإذا علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت الشفعة، وفي الأثر: ويشفع عند علمه، وإن صلى ركعتين نافلة قبل أن يشفع بطلت، وعمدة أصحاب هذا القول، أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة، وقد ورد في الشرع: السكوت يقاوم الرضا لقوله عليه السلام: (البكر تستأذن وإذنها سكوتها) [1]، وقال آخرون: وقت وجوبها متسع، وليس هو على الفور، واختلفوا في هذا الوقت، هل هو محدود أم لا؟ قال بعضهم: محدود ومدته ثلاثة أيام بعدما علم، وفي الأثر: وإذا ادَّعى المشتري أنَّ الشفيع فرط بعدما علم، فعليه اليمين أنه شفع عند علمه، وإن كان في بلد غير بلد المشتري، أشهد وسار من حينه، أو يوكل إن منعه عذر مرض أو نحوه،

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة؟

قوله: فإذا علم وأمكن الطلب الخ، وهذا هو مذهب أصحابنا المشارقة، إلا أنهم يوسعون له في الثمن ثلاثة أيام، وهذا هو اللائق بحال الناس.

قوله: ومدته ثلاثة أيام، هذا هو المعمول به في زماننا في الجزيرة.

قوله: بعدما علم، أي بأمينين فإنه لاتنقطع حجته إلا بهما كما تقدم.

قوله: وإن كان في بلد غير بلد المشتري الخ، فيه أنه تقدم أن الغائب لاشفعة له ولو قدم من يومه ذلك.

---

(١) متفق عليه.

وأجله ثلاثة أيام أو مسافة بلده، ويدفع قيمة ما دفع المشتري، وقد ذكر أيضاً في الأثر عن ابن عباد هذا القول، يقول : له الخيار ثلاثة أيام بعد علمه ، ويعضد هذا القول قوله عليه السلام في حديث المصرَّاة : (من اشترى شاة فهو بالخيار والنظر ثلاثة أيام) الحديث، وقال بعض : لا تبطل شفعة الشفيع إلى سَنَتَيْن، وقال بعضهم : إلى ثلاث سنين، وقال بعضهم : لايبطل الحق تقادمه ولا تفوته حتى يقطعها المشتري، فهؤلاء أن السكوت عندهم لايبطل حق امرىء مالم يظهر منه ما يدل على إسقطاه، ولا ينسب إلى ساكت قول قائل، والمأخوذ به عند أصحابنا : أن الوقت ثلاث سنين، وهو وقت الإشهاد عندهم في الأحكام، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وَسَنُنَبِّهُ على هذا إن شاء الله في بابه إذا صرنا إليه، والشفيع على شفعته عندهم في الثلاث سنين ما لم يقطعها عنه المشتري، أو يسلمها الشفيع عند المشتري، أو يعمل فيها الشفيع عملاً يقوم مقام رضاه بإسقاط حقه فيها، أما تسليم الشفيع شفعته فإنه يكون على وجهين : أحدهما أن يسلمها للمشتري قبل الشراء، والثاني بعد الشراء، فإذا سلمها قبل الشراء أو أَذِن للمشتري أن يشتري الأرض التي له شفعتها، فاشتراها ثم أراد بعد ذلك، فلا يدركها بعدما أذِن له بالشراء، لأنه قد سلم له حقاً يكون له . وقد روي عن جابر بن زيد رحمه الله أنه قال : (من ألزم شيئاً لنفسه ألزمناه له)

قوله : أو مسافة بلده، يعني ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام، وفيه أيضاً أنه لاشفعة لغائب، اللهم إلا أن يقال : هذا مبني على القول بجوازها للغائب .

قوله : أما تسليم الشفيع الخ، إنما لم يتعرض في النشر لقطع المشتري لتقدمه .

ومنهم من يقول: له أخذهـا ولو بعدما أذن لـه بالشراء، لأن الشفعة لاتجب إلا بعـد الشراء، وهـو قد أذن فيما لايملـك، وكذلك المريـض إن أذن له الـورثـة أن يوصي بأكثر من ثلث ماله ثم مات على هذا الاختلاف سواء، والله أعلم. وأما إذا سلمها الشفيع للمشتري بعـد الشراء فذلك أيضاً يكـون على وجهين، أحدهما: أن يسلمها ثم يظهـر خلاف مـا سلمها للمشتري عليه، والثـاني: أن يكون على ماسلمها عليه، أما الوجه الأول إذا ظهر خلاف ما أسلمها عليه فهو على شفعته لأن المشتري كتمه إياه وغشه، أصلـه حديث المصراة، وغير ذلك من العيوب إذا خرجت في البيع فـالمشتري بالخيار، وفي الأثـر: وإذا اشترى الرجل الـدار فأظهر أكثر ممـا أخذها بـه فسلم ذلك الشفيع ثم علم أنه أخذهـا بدون ذلك، فإن ابن عبدالعزيز كان يقول: هو على شفعته لأن ما سلم أكثر من الثمن، وقال الربيع: لاشفعـة له لأنـه قد سلم ورضي، والمأخـوذ بـه أنه على شفعتـه، وأما إن قـال: اشتريتها بمائة دينار فسلمها إليه فإذا هو قد اشتراها بمائتين أو أقل أو أكثر مما هو أكثـر من المائة فليس لـه أخـذهـا بعـد ذلك لأن المشتري إنما ضر نفسـه بـذلك الخلاف الـذي أخبر به أول مـرة، ونظير هـذه المسألة رجل وكّل رجـلاً على شراء سلعة معلومـة بعشرة دنانير فاشتراها له بأقل من ذلك. فليس له ردهـا لأنه جر إليـه المنفعـة في الخلاف الـذي خالفـه فيـه، وأمـا إن اشتراهـا بأكثـر من العشرة

قـوله: على هـذا الاختلاف، لم يبين رحمه الله، مـاهـو المأخوذ بـه من هـذين القولين، إلا أن التقـديم بالاختيار والله أعلم.

التي سماها له فله ردهـا إن شاء، وكـذلك إن وكله على بيع سلعـة بعشرة دنانير فباعها بأكثر من ذلك فليس لصاحب السلعة رد البيع حين باع له بأكثر مما سمى له، فإن باعها بأقل مما سمى له فله ردها إن شاء، وكذلك أيضاً إن وكله بتزويج امرأة معلـومة بصداق معلـوم فتزوجها بأقل من ذلك فليس لـه رد النكاح، وإن تزوجها بأكثر من ذلك فله رد النكاح إن شاء، وهذا إذا وكله بشراء سلعة معلومة أو بنكاح امرأة معلومة، وأما إن لم يسم امرأة معلومة ولا سلعة معروفة فله الرد إذا اشترى بأقل ممـا سمي له أو أكثـر والله أعلم. وفي الأثـر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع فأتـاه فأخبره أنه اشتراها بمائة دينـار حالة فسلمهـا له، فإذا هو قد اشتراهـا بمائة دينار إلى أجل، فله أخذها حين غره بـالأجل ولم يخبره به مالم يتم ذلك الأجل، فإذا حل الأجل فليـس له أخـذهـا، فإن قـال قائل: فـالنظـر يـوجب عنـدي غير ذلك، لأنـه يمكن أن يكـون إنما سلمهـا الشفيع للمشتري لتعذر الثمن عنده في ذلك الوقت، وهو الآن حاضر عنده، قيل له: يمكن هذا إذا كان تمام الأجل مع تمام أخذها، لأنه حين أخبره المشتري بالشراء، فلا عذر له في تأخيرها بعد الأجل طرفة عين، لأن الأجل وقتٌ يمكنه فيه التهيؤ والأخذ، فإذا بلغ الأجل ولم يأخـذ، بطلت، فلا عـذر له، أصل ذلك الفـرائض لاعذر لـه في تأخيرها حتى يخرج الـوقت، لأنه يمكنه الفعل في أوله وفي وسطـه وفي آخره، ولا عذر له بعـد الوقت، وكذلك الشفعة على هـذا الأجل هو وقتٌ يجوز فيه للشفيع أخذهـا، فإذا خرج فـلا يدركهـا بعد والله أعلم. وإن قـال: بمائة دينار إلى أجل معلوم، فسلمها له فـإذا هو قد اشتراها بمائة حالة فليس له أخـذها بعد التسليم

الأول، لأن المشتري إنما ضر نفسه بذلك الخلاف.

وكذلك أيضاً إن أخبره بخلاف ما اشترى به فسلمها له، فإنه يدركها حين غرَّه المشتري فسلمها له، إلا إن كان الذي اشترى بـه قيمته أكثر من الذي غرَّه به وأخبره به، لأن ذلك الخلاف نفع للشفيع، وإن قال: اشتريتها جميعاً فسلمها له فإذا هو اشتراها جميعاً، أو قال: اشتريتها لغيري فسلمها له فإذا هو قد اشتراها لنفسه، أو قال: اشتريتها لنفسي، فإذا هو قد اشتراها لغيره، أو قال: اشتريتها وحدي فإذا هو قد اشتراها مع غيره، فإنه يدركها في هذه الوجوه كلها ولو بعد التسليم، لأن التسليم ها هنا إنما على غيره الشراء والله أعلم.

وأما إذا قال: قد اشتريتها بمائة، فسلمها له فإذا هو قد وهبت له هبة الثواب، فله أخذها إذا كانت أقل من المائة التي أخبره أو مثلها، وإن كان قيمة الثواب أكثر من المائة التي أخبره بها، فليس له أخذها.

وكذلك إن قال له: قد وهبت لي هبة الثواب، فسلمها له، فإذا هو قد اشتراها بمائة فله أخذها إذا كانت قيمة الثواب أكثر من المائة، وإن كان قيمة الثواب أقل من المائة فليس له أخذها والله أعلم.

قوله: إذا كانت أقل، أي إذا كانت قيمة الثواب أقل.

قوله: أو مثلها، في كونه يأخذها إذا كانت القيمة مثل المائة، تأمله، لأن شفعة المائة قد سلمها والله أعلم.

قوله: وهبت لي هبة الثواب، يعني وسلم قيمته كما يشعر بذلك بقية كلامه، يعني فتارة يسمي أكثر من المائة وتارة يسمي أقل من المائة والله أعلم.

قوله: قيمة الثواب، أي الذي سمى.

فصـــــل

وإن سلم الشفيع للمشتري الشفعة فقد فاتته ولا يدرك الرجوع بعد ذلك، وكذلك أيضاً إن أتى الشفيع إلى المشتري فسأله أن يبيع له الأرض التي له شفعتها أو يواليها له أو يهبها له، فأبى عليه المشتري، ثم أراد أن يأخذ شفعتها فلا يدركها بعد ذلك، لأن ذلك منه إقرار بإسقاط حقه في الشفعة. وكذلك إن طلب إلى المشتري أن يطعمه من ثمارها فإنه يدرك بعد ذلك، أطعمه المشتري أو لم يطعمه، وكذلك إن أشار الشفيع على المشتري في تلك الأرض برأي، مثل إن قال: افعل فيها كذا وكذا من حرث أو حصاد أو غرس، أو ما أشبه ذلك، فهذا كله يقوم مقام التسليم في الشفعة لأنه إقرار منه بجواز فعل المشتري والله أعلم. وأما الأعمال التي تقوم مقام الرضى من الشفيع بإسقاط حقه مثل إن استأجره المشتري فعمل له فيها شيئاً بكراء أو بغير كراء من حرث أو حصاد أو ما أشبه ذلك من العمل، وكذلك إن استأجر الشفيع عبده للمشتري أو دابته في تلك

قوله: وإن سلم الشفيع الخ، ظاهره أنه لافرق في التسليم بين أن يكون قبل الشراء أو بعده، فيدل على اختيار القول المصدر به فيما تقدم ـ والله أعلم ـ

قوله: مثل إن استأجره المشتري، أي بعد علمه بالشراء.

قوله: بغير كراء، لعل المراد بغير كراء يقبض، كتعليم قرآن أو صنعة أو نحو ذلك، وإلا فكيف يتأتى الاستئجار بغير كراء والله أعلم.

قوله: إن استأجر الشفيع، لعله إن أجر.

الأرض بحرث أو حصاد أو بنـاء فلا يدرك الشفعة عنـده بعد ذلك، وكذلك إن أسكن الشفيع في مساكن تلك الأرض بكراء أو بعاريـة من المشتري فإنه لايدركها عليـه بعد ذلـك، وهذا كلـه يقـوم مقام الـرضى من الشفيع بإسقـاط حقـه من الشفعـة، وأمـا إن غـرَّه المشتري فأطعمـه من ثمار تلك الأرض على غير علم من الشفيع، فلا تفوته بذلك تلك الشفعـة لأن الرضا لايكون مع الجهل والله أعلم.

وكذلك إن أكل الشفيع من ثمار تلك الأرض على باب الادعـاء منه بأخذ الشفعة فـلا يبطل ذلك شفعتـه لأن ذلك منـه ليـس بـرضى لإسقـاط حقـه والله أعلم.

وكذلك أيضاً إن اشترى ثلاثة نفر أرضاً من رجل واحد في صفقة واحدة وأحدهم شفيع لتلك الأرض ولو أنها اشتراها غيرهم فلا يـدرك هذا الشفيع أخذ أنصبائهم بـالشفعة حين اشتراهـا معهم لأن ذلك منه يقـوم مقام الـرضى بإسقاط حقـه في الشفعة في تلك الأرض، وكذلك إن بـاع ثلاثة نفر أرضـاً، واحدٌ منهم شفيعها، لو أنه باعها غيرهم فلا يدرك عند المشتري أخذ أنصباء شركائه حين باع معهم في صفقة واحـدة، لأن تلك الصفقة لاتصـح إلا برضائه، فـإذا صحّت برضـاه فلا شفعة له بعد الرضا بالشراء والله أعلم.

وإذا تـرك الشفيع شفعتـه ولم يطلبهـا حتى باع أرضـه التي تجب فيهـا الشفعـة،

قوله: لو أنه باعها غيرهم، المناسب أيضاً أن يقول: لو أنه لم يبع معهم، أو لو أنه باعها غيره: أي باع نصيبه، والله أعلم.

قوله: وإذا ترك الشفيع الخ، يعني بعد العلم بالشراء كما هو المتبادر من الترك، وأما إذا باع أرضه من غير علم بالشفعة فالظاهر أنه لاتفوته قولاً واحداً، لأنه معذور، والله أعلم.

أو وهبها أو أصدقها، فـلا يدركها بعد ذلك، لأن المقصود بـالشفعة إزالة الضرر من جهة الشركـة، وهذا ليس بشريك، ومنهم من يقول: يدركهـا وليس في بيعه وهبته ما يبطل شفعته، لأن بيع الأرض غير الشفعة والله أعلم.

وإن كان لرجلٍ فدان وله شفيع، فباع منه الربع ثم باع الربع الثاني ثم الثالث ثم الرابع، فللشفيع الربع الأول، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع، وإن قصد أول مرة إلى الـربع الثاني فأخذه بـالشفعة فله أخـذه، ثم الثالث ثم الرابع، ويفـوته الربع الأول، ويكون قصده إلى الربع الثاني مثل التسليم للربع الأول، وكذلك إن قصد إلى الثـالث وإلى الرابع، فكل ما قصـد إليه بالشفعـة فله أخذه ومـا بعده، ويفوته ما قبله من الأرباع، ويكون له ذلك تسليماً منه حين تركه لغيره.

فإن قال قائل: فكيف يفوته ما قبله من الأرباع ولا يفوته ما بعد؟ قيل له: ما بعده مرتب في أخـذ الشفعة كما كان مرتباً في الشراء فـلا يفوته، وما قبلـه كأنه قد تركه حين قصد إلى مابعده والله أعلم.

ومنهم من يقول: له أخذهم جميعاً، وله أن يبدأ بالأخذ من أيهم شاء، وليس في قصده إلى ربع من الأرباع ما يبطل ما قبلـه من الأرباع، وليس في ذلك ما يدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة، والله أعلم.

قوله: فلـه أخذه، ثم الثالث الخ، الظاهـر أنه إنما أدرك شفعة الثاني والثـالث والرابع، مع أن تسليمه للأول يصير به المشتري شفيعاً، والشفيع لايشفع لأن الشفعة سابقة على التسليم، وما عرف التسليم للأول إلا بقصـده إلى الثاني، والله أعلم. وكذلك لـو صرح له في التسليم بـالربع الأول قبل الشفعة لبقية الأربـاع، إذا كان البيع فيها سابقاً على التسليم لأن سبب الشفعـة، وهو البيع، سابق على التسليم، فيترك ماشاء ويشفع ماشاء، والله أعلم.

قوله: ومنهم من يقول: لـه أخذهم، لعله أخذها، وهذا القول هو الظـاهر قياساً على ما إذا تعدد المشتري، والله أعلم

وأما إن باع البائع الربع لرجل من تلك الأرض ثم الثاني لرجل آخر غير الأول ثم الربع الثالث لآخر ثم الربع الرابع لآخر فللشفيع أن يأخذهم كيف شاء، ويبدأ من أيهم شاء، لأنه له الأخذ ما لم يقطعها عليه المشتري أو يتركها والله أعلم.

وكذلك أيضاً إن اشترك أربعة نفر أرضاً فباع أحدهم لرجل ربعه، ثم اشترى من الثاني ربع منها، ثم من الثالث ثم من الرابع، فللشفيع أخذ تلك الأرباع كيف شاء، ويبدأ بأيهم شاء على ما قدّمنا والله أعلم.

وكذلك أيضاً إن اشترى رجل من رجل أرضاً ثم استحق نصفها رجل آخر بعد الشراء، فإنه لايدرك النصف الآخر بالشفعة لأنه لم تثبت له الشركة إلا بعد الاستحقاق وهو بعد الشراء، وهذا في الحكم.

وأما فيما بينه وبين الله فإنه يدركه بالشفعة لتقدم الشركة قبل البيع والله أعلم.

قوله : ثم اشترى، أي ذلك الرجل.

قوله : فللشفيع، أي بأن يكون شريكاً في المنافع لأن الأرض هنا ليس له فيها شيء والله أعلم.

قوله : فإنه لايدرك النصف الآخر الخ، هذا الكلام يدل على أن المختار في الاستحقاق صحة البيع فيما لم يستحق، وهذا إذا كان المشتري غير عالم بالشريك، وأما إذا كان عالماً به فاشترى الجميع، فإن البيع يكون فاسداً لاشتمال العقدة قصداً على مايجوز وما لايجوز، وانظر هل يلزم المشتري اليمين إذا ادعى عليه العلم بالشريك قبل البيع فأنكر ذلك، أولا؟ والظاهر الأول لعموم قوله ﷺ (البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر) (١) لأن هذا الشيء يمكن أن يعلمه، والله أعلم.

---

(١) تقدم ذكره.

وفي الأثر : وما حدث بين الفدادين والأندر وغيرهم من المعاني التي تجب بها الشفعة نحـو الطريق المرسى والمسـاقي فلا تجب بجميع مـا ذكرنـا بحدوثـه بعد البيع ، وكذلك إذا كانت تلك الـوجوه قبل البيع ثابتة ثم زالت بعـده فلا يبطلها ذلك بزوالها بعد البيع ، والله أعلم .

باب في احكام الشفعة

وفي الأثر: وإذا مات المشتري فلا يدرك الشفيع الشفعة بعد موته عند ورثته إلا إن أحياها في حياة المشتري، وإن مات الشفيع قبل إن يأخذ شفعته من المشتري فلورثته أخذها بعد موته، أحياها الشفيع في حياته أو لم يحيها، لأن الشفعة تورث وتباع وتوهب في قول الشيخ أبي الربيع رضي الله عنه، وقال أبو محمد وافي بن عمار: إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ شفعته، فلا يدركها ورثته عند المشتري من بعده إلا إن أحياها مورثهم في حياته عند المشتري، فعلى قول أبي محمد وافي بن عمار أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذ الشفعة وبين تركها، فهو على أخذها ما لم يدل الدليل على تركها، فإذا مات فهو أدل دليل على تركه لها، لأن الشفعة عنده لاتورث، لأنها حق في مال غير متملكة، إلا إن أحياها في حياته وأشهد أنه على شفعته، فإذا مات ولم يأخذها، فورثته بمقامه، وعلى قول الشيخ أبي الربيع، أن ورثة الشفيع بمقامه، لأن الشفعة عنده تورث وتباع وتوهب كسائر الأموال، فإن قال قائل: فأين موضع الشفعة بين الحقوق والأموال، فإن الأموال موروثة بالإجتماع لأنها متملكة، والشفعة مالم يأخذها

باب في أحكام الشفعة

قوله : فلا يدرك الشفيع الخ، هذا ظاهر إذا كان الشفيع عالماً بالشراء، وأما إذا لم يعلم إلا بعد الموت فالظاهر أنه يدركها قياساً على ما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد بيع ثالث أو أكثر، والله أعلم.

الشفيع، فهي غير داخلة في ملكه، وإنما له الحق، فما لم يأخذه فهو غير متملك؟

قيل له: لما كانت الشفعة متعلقة بالمال، والمال موروث بالإجتماع، كان الحق المتعلق بالمال مثله عند صاحب هذا القول، كالخيار بين البائع والمشتري في الشيء المبيع، فمن مات منهما فورثته بمقامه من بعده، اشترط الخيار البائع أو المشتري، لأنه حق متعلق بالمال، غير أن الخيار وجود الأجل فيه يدل على بقاء الحق إلى الأجل، ولو مات أحد المتبايعين فكان ذلك كالشرط بينهما بخلاف حق الشفعة، وهو الذي يوجبه النظر والله أعلم.

وأما إن مات المشتري قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة، فلا يدركها الشفيع عند ورثته بعد موته، إلا إن أحياها في حياته، لأن الميراث أقوى من الشفعة، فما أكله الرجل في حياته فهو لورثته بالميراث من بعده، إلا إن دلَّ الدليل على إخراجه من الميراث، ولذلك قالوا: لايدرك الشفيع بعد موت المشتري إلا بالحياة، والله أعلم. وأما رد المبيع إذا مات قبل أن يرده على البائع بالعيب، فلا يدرك ورثته بعده رده على البائع، إلا إن أحيا ذلك مورثهم في حياته، لأن المشتري مخيَّر بين

قوله: وهو الذي يوجبه النظر، في نسخة: وهذا الذي الخ، يعني ان قول أبي الربيع هو المختار.

قوله: وأما إن مات المشتري الخ، إنما أعاده مع كونه معلوماً مما تقدم ليذكر عليه.

قوله: لأن المشتري مخيرَّ الخ، هذه ظاهره إذا كان عالماً بالغيب قبل الموت، وأما إذا كان غير عالم فالظاهر أن الورثة يدركون الرد كما يرشد اليه قوله: (مخير) لأنه لاتخيير مع الجهل، والله أعلم فليحرر.

أن يرد الشيء المعيب بـالعيب، أو يرضى به، فلـه الرد مالم يـدل الدليل على رضاه قبل موتـه، فمن الدليل على رضاه موته، إلا إن أحيا ذلك في حيـاته، لأنه انتقل بعد موته بـالميراث، وهو وجه من وجوه الإملاك، كما أنه لو بـاعه في حياته لايدرك رده، غير أن البيع لايكون إلا برضا، والميراث يكون بغير رضا، ولم يبق إلا أنه انتقل من ملك، والله أعلم.

وكذلـك إن مات البائع قبـل أن يرده المشتري عليـه بالعيب، فـلا يدرك على ورثته مـن بعده رده، إلا إن أحيا ذلك في حيـاة مورثهم، لأن هـذا الحق لم يتعلق بترك مورثهم فيلـزمهم، ولا يلزم الورثـة من الحقوق إلا ما تعلق بمال مـورثهم بعد موته.

فإن قـال قائل: فهـلا كان الـرد بالعيب بمنـزلة الـدين، لأنه متعلق بـالمال كالدَّين؟ قيل له: الرد بالعيب لو ترك المشتري حقه فيه لكان جائزاً، أرضي البائع أو لم يـرض، والـدَّيْن لايكـون ذلك إلا بـرضاء المدين، فهـذا فـرق بين الحقـوق والأموال فاعرفه، فإنه يكشف لك عن كثير من المسائل، والله أعلم.

وكذلك أيضـاً ما أحـدث الرجل من المضرات فمات، فـلا يدرك نـزعها على ورثته إلا بالحياة، وكذلك إن وهب ذلك الشيء الذي حدث فيه المضرة، أو باعه

قوله: لايـدرك رده، يعني إذا باعه بعد العلم بالغيب، وأمـا إذا لم يعلم وردَّ عليه بذلك العيب فإن يرده إن شاء كما تقدم في البيوع.

قوله: فيلزمهم، هو بالنصب في جواب النفي.

قوله: فلايدرك نزعها، لعل هذا إذا كان عالماً لما تقدم من أن الرضا لايكون مع الجهل.

أو أصدقه، فلا يدرك النزوع في ذلك على من انتقل الملك إليه إلا بالحياة، وكذلك إذا مات الذي حدثت عليه المضرة فلا يدرك نزوعها ورثته بعد إلا بالحياة، وكذلك إذا باع أو وهب أو أصدق فلا يدرك نزوع من انتقل إليه إلا بالحياة، وكذلك ما لزم الرجل من الأموال من وجوه التعديات فلا يدرك على ورثة المطلوب إلا بالحياة، ولا يدركه ورثة الطالب إلا بالحياة، وأصل هذا فيما يوجبه النظر في هذه المسائل أن الحقوق بخلاف الأموال، والحقوق صاحبها مخير بين أخذها وتركها، أعني تجويز الفعل، فإذا جوَّزه جاز ولو لم يرض المطلوب قد صدر ذلك منه برضاه، وإنما تعلق الجواز إلى الطالب، والله أعلم.

والأموال لاتترك عن المطلوب بها إلا بعقد يوجب إخراج ملك من مالك إلى من انتقل إليه، وأما إذا مات الطالب في الحقوق كان موته بمنزلة الرضا بترك ذلك، إلا إن أحياه في حياته، وإن مات المطلوب بطل الحق على الورثة إلا بالحياة لأنه لا خيار له عند الورثة، إذ لافعل لهم في ذلك، وعلى مذهب الذين يقولون: إن الشفعة تورث وتباع وتوهب إذا باع الشفيع شفعته لرجلين باع لأحدهما ثلثين وللآخر الثلث أو وهب لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث أو ورَّث أحدهما الثلثين وللآخر الثلث فهي بينهما على حساب ما ورثوا، وما اشتروا أو وهب لهم لصاحب الثلثين، الثلثان ولصاحب الثلث ثلثها، ولايكون بينهما على الرؤوس مثل الشفيعين.

وكذلك إن سلمها أحدهما له فلا يدرك الباقي إلا سهمه، ويكون للمشتري ما سلم له الأول من سهمه، ولا يكون ذلك مثل الشفيعين إذا سلم أحدهما

للمشتري، أدركهـا الآخـر جميعاً، لأن الشفيعين الشفعـة بينهما على الـرؤوس، والمشتريان للشفعة والموهوبـان لها والوارثان لها هي بينهما على حسب ما اشتروا أو وهبوا أو ورثوا، والله أعلم.

وكذلك أيضاً، إن اشترى رجل من رجل أرضـاً ولها شفيعان أو ثلاثة، فمات أحدهم فـورثه ثـلاثة، فهي لهم كلها، وإن سبق إليهـا واحد من ورثـة الميت فلا يدرك فيها إلا ثلثها أوماينوب به من الميراث.

وإن سبق إليها واحـد من الشفيعين الحيين، فليأخذ كلهـا، لأن الشفعة لمن سبق إليها من الشفعاء، وإن سبق إليها ورثة الميت وواحد من الشفيعين الحيين، فللحي نصفها وللورثة النصف الآخـر على قدر ميراثهم، لأنهم في مقام أبيهم إذا اجتمعوا، وإن سبـق إليها واحد من الحيين وواحـد من ورثة الميت، ففـي الأثر: وإن باع رجل لرجل أرضاً ولها شفيعان فمات أحدهما وترك بنين، فسبق إلى شفعته واحد من ورثة الميـت والشفيع الأول فأخذاها، فللشفيع االأول منها ثـلاثة أرباع وللوارث ربعها، وذلك لأن الشفيع ينزل فيها بالكل من حيث له أخذها بالكل، والوراث ينـزل بالثلث، وهو الـذي له بالميراث، فـاقتسموها بـالحصص، فصار لصاحب الكل ثلاثة أرباعها ولصاحب الثلث ربعها والله أعلم.

قوله : والموهوبان لها، كذا فيما رأيناه من النسخ، والصواب: والموهوب بهما هي.

قوله : أخذها بالكل، المناسب أخذها كلها.

قوله : لصاحب الكل ثلاثة الخ، وذلك لأنه بمنـزلة مال وثلث، فلو سبق إليها وارثان وأحد الحيين لكان للحيِّ ثلاثة أخماس، وذلك بمنزلة مال وثلثي مال.

وكـذلك أيضـاً إن بـاع أو وهب أحد الشفيعين لثـلاثـة أو أربعـة على معنى مسألة ميراث الشفعة، والله أعلم.

وفي الأثـر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً وشفعتها لثلاثـة، فماتوا جميعـاً كلهم من قبل أن يأخذوا الشفعة، وترك كل واحد منهم وارثاً واحداً، فهي بينهم على الرؤوس جميعاً إذا جـاءوها، وإن تسابقوا إليهـا، فهي لمن سبق إليها منهم، وقيل: إذا تسابقوا فليس لمن سبق إليهـا منهم إلا الثلث، وللباقين ثلث الثلث، والله أعلم.

وفي الأثـــر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضـــاً ولها شفيع ثم تـــزوج الشفيع امرأة، فأصدقهـا نصف ماله في الأصل، ثم أخذ شفعته بعـد ذلك، فلا تدخل المرأة بصـداقهـا، علمت أو لم تعلم، وكـذلك إن أخذهـا وسلمهـا للمشتري، فليس لها عليه عوض مثلها، وإن تزوج المشتري بعد الشراء المرأة وأصدقها نصف ماله في الأصل ثم أخذ شفعتـه بعد ذلك، فللمرأة على المشتري عوض مثلها، إن لم تعلم بذلك، وإن علمت فليس لها عوض، إلا إن لم يكن لها صداق غير تلك الأرض فلهـا عليـه عوض، ومنهم مـن يقول: بأن تـرجع إلى صـداق مثلهـا من النسـاء، وأمـا إن تركهـا الشفيع ولم يأخـذهـا بشفعتـه فهي داخلـة، علمت أو جهلت، وإن أخذ بعضاً وترك بعضاً فهي داخلة بصداقها فيما ترك، ولها العوض فيما أخذ مع الجهل دون العلم، وذلك لأن الشيء الذي تجب فيه الشفعة دخل في ملك المشتري دخولاً موقوفاً إلى أخذ الشفيع الشفعة أو تركها، ولذلك قالوا: إن زوجـة المشتري تدخل فيـه بصـداقها مع الجهـل دون العلم، لأن جهلها بـذلك

غرَّر لها بها أصدقهـا، ولا تكلف علم الشفيع، وإن ترك الشفيـع شفعته دخلت فيه، علمت أو جهلت، لأن ذلك داخل في ملك المشتري بالبيع لا بترك الشفيع شفعته من حيث لم يحتج إلى عقد ثان، وأما زوجة الشفيع فلا تدخل فيه، لأنه ما لم يأخذه فليس بداخل في ملكه.

فإن قـال قائل: فإذاً يلـزم الشفيع عنـد أخذ الشفعـة عقد ثـانٍ حين جعلت أخذه للشفعة دخول ملك؟ قيل له: أخـذه للشفعة دخول في ملكه بفعل متقدم عليـه، فعلى هذا المعنى، إن حنث الشفيـع والمشتري بأموالهما للمسـاكين، فعلى المشتري أن يعطي عُشر تلك الأرض من غيرهـا، وليس للشفيع فيهـا عشرٌ إذا لم يردها بـالشفعة إلا بعد الحنث، وكذلك إن جعلها المشتري لـلأجر قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة، فهي مـاضية إذا تـركها الشفيع، وإن أخـذها فليجعل المشتري ثمنا في مثل ذلـك، وكذلك جميع أفعـال المشتري فيها من البيع والهبـة والصداق والكراء والرهن، ماضية إذا تركها الشفيع، وإن أخذها بطل جميع مافعل فيها مما ذكرنا، فإن قال قائل: فلم لزم المشتري أن يجعل ثمنهـا للأجر، إذا جعلها للأجر قبل أن يأخذ الشفيع شفعته، ثم أخذها بالشفعة ويعطي عُشرها للمساكين من غيرهـا، إذا حنث فيها وأخـذها الشفيع بـالشفعـة،، فهلا كـان فعله فيهـا إذا أخذها الشفيع بالشفعة باطلاً، كالبيع والهبة؟

قوله: وكذلك جميع أفعال المشتري، في نسخة: فكذلك فعل المشتري.

قوله: من البيع، في نسخة: مثل البيع.

قوله: باطلاً، أي بحيث لايلزمه شيء وإلا فالفعل باطل إذا أخذها الشفيع.

قوله: والهبة، ظاهره ولو كانت كله إذا كانت لمعين.

قيل : إنما لزم المشتري ذلك ولـو بعد أخذها الشفيع بالشفعـة من حيث كان ذلك طاعة ، والطاعة من ألزم لنفسه شيئاً منها لزمه ، والله أعلـم .

وإن اشترى رجل أرضاً بعشرة دنانير، ثم باعها لآخر بعشرين ديناراً ، وباعها الثاني للثالث بثلاثين ديناراً ، فأراد الشفيع أخذ شفعته فله أخذها من أيهم شاء ، من الأول أو الثاني أو الثالث بالثمن الـذي اشتراه به دون غيره ، ولو كانت الأثمان مختلفة ، وإن أخذها من الأول بالعشرة الدنـانير التي اشتراها به ، بطل بيعه الثاني بعشرين ديناراً ، ويرد عليه ما أُخذ منه ، وكذلك الثاني على الثالث ، وإن أخذها من الثاني بالعشريـن التي اشتراها بها من الأول ، كان أخذه من الثـاني تجويزاً منه لبيع الأول إياها بعشرة ، وإبطالاً لحقه فيها عند الأول ، وأبطل فعل الثاني للثالث من البيع ، وكذلك إن أخذها من الثالث ، جاز بيع الأول والثاني والله أعلم .

وإن كان في أحـدهم أبو الشفيع أو شفيع مثلـه أو من قطعها عنه ، بما ذكـرنا من الوجـوه التي يقطع المشتري بها شفعة الشفيع ، فإن الشفيع لا يـدركها ، لأن ذلك كله ممـا تفوتـه بها ولا يدركها عنـه من هو مثلـه في أخذهـا ، أصل ذلك لو اشتراها قبله لايدركها عنده ، والله أعلم .

قولـه : من حيث كان ذلك طـاعة الخ ، التعليل بهذا يقتضي أنـه إذا قصد بهبتـه وجه الله ، ثم أخذها الشفيع ، أنه يلزم الواهب ما لزم في الأجر، بل ربما يقال : إنها داخلة في الأجر والله أعلم، ثم رأيت في كتاب أبي زكـريا ما يقتضي شمـول هذه الصـورة حيث قال: ثم جعلها المشتري لـلأجر أو لوجه الله ، فعل هذا تحمل الهبة على ماكان للثواب لأنها بمنزلة البيع والله أعلم .

قوله : ولا يـدركها عند من هو مثله ، عبـارة أبي زكريا رحمه الله : عنده ولا عنـد من كان قبله ، وهي أصرح من عبارة المصنف وأعم والله أعلم .

وإن اشتراها الأول، ثم وهبها للثاني ثم باعها للثالث، فله أخذها من الأول أو الثالث دون الموهوب له، وإن أخذها من الأول بطل علمه في الهبة فيها، وإن أخذها من الثالث فله أخذها، وكذلك إن كان الموهوب له هو آخرهم، فله أخذها عند الأولين، فلا يدركها عند الموهوب له كما ذكرنا والله أعلم.

وفي الأثر: وإذا اشترى رجل نصف دار أو فدان أو بستان واشترط المشتري الخيار إلى أجل معلوم، ثم باع النصف الباقي من ذلك لرجل آخر غير الأول بيعاً قاطعاً من غير خيار قبل تمام مدة الخيار الأول، ثم رضي البيع الأول الذي اشترط منهما الخيار بعد تمام أجله، فقال بعضهم: إن المشتري للنصف الأول بالخيار منهما له أخذ الشفعة عن الذي اشترى النصف الآخر لأنه سبقه بالشراء، وقال بعضهم: إنما الشفعة لصاحب النصف الآخر على صاحب النصف الأول، لأن شراءه لم يصح إلا بعد تمام الأجل فلا يضر شراءها الأول بالخيار والله أعلم.

وإن وجد المشتري في الأرض التي اشتراها عيباً كان فيها قبل ذلك الشراء فقال له الشفيع: أنا آخذها بالشفعة، ورضي ما فيها من العيب، فله ذلك، فلا يردها المشتري بالعيب بعدما رضي الشفيع أن يأخذها بعيبها لأن الشراء له، وإن لم يعلم الشفيع بالعيب حتى ردها المشتري على البائع فله أخذها ولايضره رد المشتري إياها بالعيب، لأن الشراء له، ويطلبها عند المشتري لأن رد العيب

قوله: فقال بعضهم الخ، لو قيل: لا يدركها الأول لعدم إبرام العقد، ولا يدركها الثاني لتقدم العقد لكان وجها وجيهاً عملاً بالعلتين والله أعلم.

قوله: ويطلبها عند المشتري الخ، يعني والله أعلم، ويلزم البائع بدفع ذلك للمشتري لأن هذا الرد ليس بشيء لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع، والله أعلم.

ليس ببيع ، وإما إن أقال المشتري فيها البائع فللشفيع أخـذها بالشفعة ويدركها عند أيها شـاء لأن الإقالـة بيع من البيـوع ، وكذلك التـولية والقضـاء في الحقوق ويطلبها عنـد أيها شاء ، وإن فعل المشتري فيها غير البيع فيطلبهـا عند المشتري دون الآخر الذي فعل معـه المشتري ما لاتدرك فيه الشفعـة ، وإن أخذها الشفيع بالشفعة ثم اطلع فيها على عيب كان فيها قبل الشراء فإنه يردها على المشترى دون البائع لأنه هو الذي أخذ المال .

وفي الأثر : وإذا أخـذ الرجل الدار بالشفعـة من المشتري فنقده الثمن ، فإن ابن عبدالعـزيز يقـول : العهدة على المشتري للـذي أخذ المال ، وقـال ابن عباد : العهدة على البائع لأن الصفقة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع ، والله أعلم .

وفي الأثـر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضـاً ولها شفيع ، ثم عمل المشتري فيها عملاً كثيراً من بنـاء أو حرث أو حفر أنهاراً وأجابـاً أو آباراً ومغارات أو عنى فيها عنـاء كثيراً، ثم أخذ الشفيع شفعته بعـد ذلك فلا يدرك عليـه المشتري أجر ماعنى من عمل في قول الشيخ رضي الله عنه .

وقـال أبـو محمد وافي بن عمار: لـه أجـر عنـاه لأنه ليس بمتعـد ، وعلى قـول الشيخ : أنه لايدرك على الشفيع العناء ، كما لايدرك عليه الشفيع الغلة ، وهذا في غلـة حـدثت بعد الشراء وأدركـت قبل أن يأخـذ الشفيع الشفعة ، وبـالجملـة :

قوله : أجـر ما عنى من عمل ، أي لأنه في الحقيقـة قد تعمد إتلاف مالـه لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع .

كل غلة لم تدرك عند أخذ الشفيع الشفعة فهي للشفيع لأنها تبع للأرض، وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيع الشفعة فهي للشفيع لأنها تبع للأرض، وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيع الشفعة فهي للمشتري بقيمتها يوم الشراء، وإن لم تحضر للبيع فهي للمشتري بقيمتها يوم الشراء، وإن لم تحضر للبيع فهي للمشتري بلا قيمة لأنه غلة، والخراج بالضمان. وكذلك إن أخذ بتلك الارض شفعة قبل أن يأخذها الشفيع بالشفعة فإنه يمسكها كما يمسك الغلة، ولو أخذت الشفيع تلك الأرض التي بها أخذ الشفعة، والله أعلم.

وإن تغيرت أرض الشفعة في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فإنه لايخلو أن يكون تغيير نقصان أو تغيير زيادة، فإذا كان تغيير نقصان فلا يخلو أن يكون التغيير من قبل الناس أو من قبل الله، فإن كان من قبل الناس مثل إن أفسد فيها أحد شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو ما أشبه ذلك ثم أخذ االشفيع الشفعة فإنما على الرجل أن يعطي قيمة ما أفسد للشفيع دون المشتري لأن الشفعة له، وإن جعله المشتري في حل من ذلك قبل أن يأخذ الشفيع شفعته فقد أجزأه ذلك، ويكون على المشتري قيمة ذلك، يحطه على الشفيع من الثمن، وكذلك ما أفسد فيها المشتري بنفسه فعليه أن يحط قيمة ذلك على الشفيع من الثمن، وإن كان النقصان من قبل الله مثل ان حمل السيل شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو جسورها ثم أراد الشفيع الشفعة فعليه أن يعطي للمشتري جميع الثمن

قوله : يوم الشراء، أي حضرة الصفقة.

ولا يحط عنه شيئاً من قيمة ما أفسد الريح أو السيل أو الظلمة ، لأن المشتري ليس عليه من ذلك ضمان ، إن شاء الشفيع أن يأخذ بالثمن الأول وإن شاء ترك ، والله أعلم .

وإن كان التغيير من قبل الزيادة فإنها لاتخلو أن تكون تلك الزيادة من تلك الأرض أو من خارج ، فإن كانت من الأرض فهي للشفيع ، وإن كانت من خارج فقد ذكر في الأثر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع ثم غرس فيها غروساً أو بنى فيها بناء فهو للشفيع إذا كان النقض والفسائل من تلك الأرض بعينه ، ولا يدرك أيضاً عناه للمشتري ، والذي أدخله فيها من غيرها من النقض والفسائل فليخرجه منها إذا أخذ الشفيع شفعته ، إلا إن اتفقا عليه وتركه بقيمته ، وأما ما غرس فيها من الغصون والعيدان فهو للشفيع ، كان أصله من تلك الارض أو من غيرها ، إلا أن على الشفيع قيمة الغصون إذا كانت من غير تلك الأرض ، والذي أخرجه من النقض والفسائل من تلك الأرض فغرسه في أرضه فعليه رده إلى موضعه وعليه حفظه حتى يستغني ، وماهلك فيه قبل أن يستغني فعلى المشتري قيمة ذلك ، والله أعلم .

فهذا يدل من قولهم أن النقض والفسائل باقية على ملك من هي له ، لأنها معينة ، والغصون تابعة للأرض لأنها مستهلكة وليست بمعينة ، وكذلك أيضاً ما أحدثه المشتري من الزرع في تلك الأرض ثم أخذ الشفيع شفعته قبل إدراكه فهو

قوله : وليست بمعينة ، كأن المراد بعدم التعين عدم اختصاصها باسم الشجرة مثلاً ، وغير مقصود إليها بنفسها ، كما تشهد بذلك العادة ، والله أعلم .

له، ويعطي للمشتري بذره الذي حرث في الأرض، وقد قيل: إنه للمشتري بغير قيمة، وهو المأخوذ به، وإنما سهلوا في الزرع لأن الشرع ورد فيه بالتسهيل في مثل هذا، والله أعلم.

وإن أخذ الشفيع الشفعة بعد إدراكه، فهو للمشتري بغير قيمة، لأنها غلة الأرض والغلة بالضمان. وأما ما كان في الأرض من الزرع يوم الشراء فهو للشفيع إلا إن أدرك قبل أن يأخذ الشفيع شفعته، فهو للمشتري بقيمته يوم الشراء، والله أعلم.

قوله : بالشفعة، يتعلق بقوله : ولو أخذ.

باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما

وإذا اختلف البائع والمشتري على الثمن، فقال البائع: بعت لك بمائة، وقال المشتري: لا بل بعت لي بخمسين، فاختصما على ذلك فأتى على المشتري ببيِّنة مايدَّعيه، ثم أراد الشفيع أخذ الشفعة، فإنما عليه المائة التي أخذها البائع من المشتري بشهادة العدول، ولا يؤخذ بقوله للبائع: بعت لي بخمسين، لأن العدول أولى من قوله.

وقد ذكر في بعض الكتب غير ذلك: أن يؤخذ بإقراره إنما المشتري بخمسين، والله أعلم.

وإن اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فعلى المشتري البيِّنة لأن عليه بيان ذلك، ويجزيه الخبر، لأن ذلك منه بيان شيء ثابت باتفاقهما، ولكن اختلافهما في المقدار وإن لم تكن البينة للمشتري فعليه اليمين أيضاً لأنه هو الذي باشر الفعل، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء ترك، وإن أبى أن يحلف فليأخذه الشفيع بما أقرَّ به دون ما ادعاه المشتري. وكذلك إن اختلفا في جنس الثمن مثل إن قال المشتري: اشتريت بالدنانير، وقال الشفيع: لا بل اشتريت بالدراهم أو بالعروض أو ما أشبه ذلك مما هو غير الدنانير، فالبينة أيضاً على

باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما

قوله: فعليه اليمين، وذلك لأن اليمين أقوى المتداعيين، ولاشك أن المشتري أقوى لمباشرته الفعل.

المشتري على ما يدَّعيه، وإن لم تكن لـه بينة فعليـه اليمين أيضـاً كما ذكرنـا، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخـذ شفعته، وإن شاء تـرك، وإن اختصما على الشفعة فادعى الشفيع أنـه اشترى وأنكر المشتري الشراء فعلى الشفيع البينـة ولا يجزيه في ذلك إلا الشهـادة بعـد إنكـار المشتري لأنـه انتقـال ملـك، ويجزيـه الخبر قبل الإنكـار، وإن لم تكن للشفيع بيِّنـة فعلى المشتري اليمين بأنـه لم يشتر، ولا يحلفـه الحاكم حتى يـرسل الأمنـاء فيرون تلك الأرض التي يحلف عليهـا لأن ذلك يمين قاطعة.

وإن حلف المشتري على ماذكـرنا ثم أتـاه الشفيع أو شفيع غيره على ذلك مرة أخـرى، فليس لهما إليـه سبيل بعدمـا حلف على الشراء إلا أن يـدَّعـوا عليه أنـه اشترى بعد اليمين، وإن أنكر البـائع والمشتري جميعاً فليس للشفيع إلى ذلك منه سبيل لأن ذلك منه دعوى لغيره، والله أعلم.

وإن أراد الشفيع أخذ الشفعة على المشتري فقال له المشتري: إنك جوزت إلي الشراء أو قطعت عنك الشفعـة بعد الشراء أو أطعمك من ثمارها أو استـأجرتك فيهـا لعمل كذا وكـذا وما أشبـه ذلك من الـوجوه التي تقطع بها الشفعـة، فعلى المشتري البينة في ذلـك كله، ويجزيه الخبر دون الشهـادة لأن ذلك ليس بـانتقال ملك، وإنما هـو دعوى في إبطـال حق، فإن لم تكن له بينـة فعلى الشفيع اليمين على ما يدَّعيه المشتري قبله، وكذلك أيضاً إن أخذ الشفيع شفعته على المشتري، ثم أنكره بعد ذلك، فقال: ما أخذت شيئـاً، فعلى الشفيع البيِّنة بأنه قد أخذها

عنه ، ويجزيه في ذلك الخبر دون الشهادة، لأنه ليس بانتقال ملك كما ذكرنا ، وإن لم تكن له بينة فعلى المشتري اليمين .

وفي الأثر: وأما إن أخذ الشفيع الشفعة عن المشتري ثم عارضه البائع في تلك الأرض، وأنكر البيع ، فعلى الشفيع البينة بأن المشتري قد اشترى عنه ، وأنه قد أخذ بالشفعة على المشتري ، ثم يأتي بالشهود فيخبرون بالشراء ، ويخبرون بالخبر عن الشفعة ، وهذا إذا كان الشهود الذين حضروا لشرائهم الذين حضروا الشفعة ، وأما إن كان الشهود الذين حضروا الشفعة غير شهود الشراء فلا يشهدون له على البائع ، فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين ، وإن أتى بالبينة على ماذكرنا وحكم له الحاكم بالأرض ثم عارضه فيها المشتري وأنكر أن يكون الشفيع أخذها عنه بالشفعة فلا ينصت إليه الحاكم في قوله ، ولا يرفعه له منها ، وكذلك البيع والهبة والصداق على هذا الحال والله أعلم .

قوله : فيخبرونه بالشراء ، يعني على جهة الشهادة لأنه انتقال ملك ، ويدل له ايضاً قوله : ويخبرون بالخبر.

كتـــاب الهبـــــة

باب فـــي الهبـــة

والهبة جائزة، لقوله عليه السـلام: (لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة نفسه) ولهذا قالوا: من وهب هبة بطيبة نفس كان للمـوهوب أخذها، فهذا يدل على أن الهبة لاتحل إلا بطيبة نفس وقد أحال جوازها عليه السلام إلى طيبة النفس، فمتى لم تطب نفسٌ بها فهي غير جـائزة، ولا يغني عنهـا اللفظ، لكن ذلك إنما يعـرف بالدلائل والقرائن، ثم إن الهبة الجارية بين الناس لاتخلو من هذين الوجهين، إما أن تكـون عن طيبة نفس، وإمـا أن تكـون عن غير طيبة نفس، فإذا كـانت عن طيبة نفس فإنها تنقسم قسمين: جائزة، ومختلف فيها، والجائزة أيضاً لاتخلو من وجهين: وجه يقصـد بها الثواب، ووجـه لايذكـر بها الثواب، والـذي يذكـر بها الثـواب ينقسـم أيضاً قسمين: قسم يقصـد بها وجـه الله، وقسم يقصد بها وجـه المخلوق.

أما الهبة التـي لغير الثواب فهي التي لم يتبين سبيلها فلا خـلاف في جوازها. وإنما اختلفـوا في أحكامهـا، وذلك أن بعضهم قـال: الهبـة لاتصح إلا بالقبـول والقبض، والحجة في ذلك لهم (أن أبـا بكر رضي الله عنه وهب لعـائشة رضي الله عنها نخلاً كان في المدينة، فلما حضرته الوفاة جعله ميراثاً، فتكلمت فيه عائشة، فقال لها أبـوها: يـا بنية إنك لم تقبضيـه وإنه الآن للـورثة). وقـال بعض: تجوز

الهبة بلا قبض ولا قبول، وقال بعضٌ : تجوز بالقبول وإن لم تقبض، فمن اشترط فيها القبول والقبض فهي عنده لاتصح إلا بهما، ولا تجوز عنده هبة المشاع ولا هبة ما كان في الذمة لعدم صحة القبض، إلا أن يكون وهب سهمه في المشترك لشريكه فلا بأس لوجود القبض في المشترك، وكذلك الدين للمديون فلا بأس، فمن اشترط فيها القبول دون القبض، فهي عنده تصح بالقبول، وإن لم يكن القبض كالبيع، وتجوز هبة المشاع كما يجوز بيعه، وهو المأخوذ به عندنا، وهو قول علي وابن مسعود فيما ذكر في الأثر، إلا أن يكون والد لوالده فلا تجوز هناك إلا بالقبض، لحديث أبي بكر المتقدم، لأنها عندهم مخصوصة في الولد، والدليل عليه ماروي أنه قال عليه السلام: (لايحل لأحد أن يهب هبة ثم يعودفيها، إلا الوالد لولده) [1]، فهذا يدل أن الهبة تصح بالقبول دون القبض كالبيع، وكل شيء يجوز بيعه تجوز هبته، والله أعلم.

وإن علّقت الهبة إلى غائب أو طفل أو مجنون، فهي معلقة إلى قبوله، أعني الوقت الذي يصح فيه القبول، من بلوغ أو إفاقة المجنون.

وفي الأثر: وقال في عطية الأب لابنه الطفل، أنه لاتجوز إلا إن استخلف له خليفة فقبل عليه وإلا فهي معلقة إلى بلوغه، وإذا بلغ فإن قبلها لزمته، وإن دفعها فلا تلزمه.

---

(١) رواه البيهقي والدارقطني.

وأمـا إن كـانت من غير الأب، ففي ذلك اختـلاف، منهم من يقـول: هـو بـالخيار، إن شـاء قبلهـا وإن شاء ردَّهـا، ومنهم من يقـول: ليس الأب في ذلك كغيره من الأولياء، وقد لزمته العطية ولا يجوز دفعهـا، فهذا يوجب النظر أن الهبة للطفل من غير أبيه، بمنزلة الصدقة لاتحتاج إلى القبول، لأن القبول لايصح منه، ويخرج أيضاً هذا القول على مذهب من جوَّز الهبة بغير القبول ولا قبض، وجعلها بمنزلة الصدقة، لأنها قربة إلى الله تعالى، وعلى قول الآخر: معلقة إلى البلوغ، وأما من اشترط فيها القبض فلا تجوز عنده.

وقد ذكر في كتاب أبي عبدالله محمد بن بـركة: والنظر يوجب عندي أنها تثبت له بإحراز أبيه أو وصية أو وكيل عليه من قبل الحاكم، أو محتسب من المسلمين، وقالوا: لاتثبت هبة الأب لابنـه الصغير، لأنها في يده وقبضها إليه دون غيره، فإذا عدم القبض لها لاتصح.

وقـال بعض مخالفينا: إن الهبـة جائزة بغير قبـض، وهذا إغفـال من قائلـه، الدليل على ذلك أن أبـا بكر الصديق رضي الله عنه وهب لعـائشة جذاذ عشرين

قوله: هو بالخيار إن شاء قبلها، يعني إذا بلغ فيكون الغير كالأب.

قوله: كغيره من الأولياء، الأولى كغيره من الناس أو كغيره فقط.

قولـه: وقد لزمته العطيـة، أقول: ويدل على لـزومها للصبي كونها تصير لورثتـه إذا مات قبل البلوغ.

قوله: فـلا تجوز عنده، فيه أن أصحابنـا المشارقة يشترطون القبض، ومع ذلك يجعلـونها لورثة الصبي إذا مات.

قوله.: وقال بعض مخالفينا الخ، هذا هو المذهب عند أصحابنا المغاربة رحمهم الله في غير الولد مع والده.

وسقاً تمراً ولم تقبض حتى حضرته الوفاة، فقال لها: إنك لم تقبضيه وهو اليوم للوارث، وهذا يدل من فعله مع ترك النكير والمخالفة عليه، أن الهبة لاتصح إلا بقبض، وفي ذلك أيضاً دلالة أن فعل المريض ليس جوازه كجواز فعل الصحيح في البيع وغيره، وفي الرواية أن أبا بكر قال لعائشة: بنية وددت لو أنك قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث.

وفي الأثر: وإذا كان الولد في عيال أبيه وقد أدرك، فوهب له أبوه عطية وأعلمها له ولم يقبض، فإن ابن عبدالعزيز والربيع يقولان: لاتجوز، وبه نأخذ، وكان ابن عباد يقول: هي جائزة، والذي يدل عليه اختلافهم: هل القبض شرط في حصة الهبة، أو شرط في تمامها؟ فإذا كان شرطاً في صحتها لم تجز إلا به، وإذا كان من شروط تمامها الهبة جائزة، وللواهب الرجوع فيها مالم يقبضها الموهوب له.

وفي الأثر: وإذا وهب الرجل لرجل هبة من أرض قبضها الموهوب له، فبنى

قوله: مع ترك النكير، يعني فهو إجماع سكوتي، لكن قصره أصحابنا المغاربة على ماورد، وأما غير الولد فصدقته محمولة على غيرها من العقود.

قوله: ليس جوازه كجواز فعل الصحيح، أي لتعلق حق الوارث بالتركة.

قوله: هي جائزة، يعني إلا أنها لاتلزم إلا بالقبض، لكن ولو بعد ذلك.

قوله: لاتجوز إلا بالقبض، أي حالاً، أو مآلا.

قوله: هل القبض شرط في صحة الهبة، أي فليس له القبض بعد ذلك.

قوله: في تمامها، أي فله القبض بعد ذلك مالم يرجع والده.

قوله: لم تجز إلا به، أي حالاً.

فيها وأعظم النفقة، أو جارية صغيرة فأصلحها أو صانها حتى بلغت وأدركت، فإن ابن عبدالعزيز يقول: لايرجع الواهب في شيء من ذلك، ولا في كل هبة ازدادت خيراً، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوب له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرأيت لو ولدت الجارية ولداً أكان يقول له: أن يرجع فيه، ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ فهذا مما ليس له الرجعة فيه، وبه نأخذ، وكان ابن عباد يقول له أن يرجع فيها، وكان الربيع يقول: ليس للواهب أن يرجع في الهبة، إن كانت قائمة بعينها أو زائدة أو ناقصة، إذا لم يذكر ثواباً يوم وهبها، ولم يعرض له، ويقول: من وهب هبة طائعاً غير مكره، ولم يذكر ثواباً يوم وهبها ولم يعرض له، مضت هبته ولا ثواب له.

وروي ذلك عن أبي عبيده مسلم، وقول ابن عباد في هذا ضعيف لقول النبي عليه السلام: (الراجع في هبته كالراجع في قيئه، والقيء حرام) [1].

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام أنه قال: كذلك ان تقيأ ثم يعد فيه.

وروي عن ابن عباس أنه قال: لايحل لأحد أن يهب هبة فيعود فيها إلا الوالد لولده.

وفي الاثر: وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً ـ وذلك المتاع مما يقسم ـ فقبضاه منه، فإن ابن عبدالعزيز يقول: لاتجوز تلك الهبة، إلا أن يقسم لكل

---

(١) تقدم ذكره.

واحد منهما حصته، وبه نأخذ، وكان الربيع يقول: الهبة جائزة. وإذا كانت الدار لرجلين، فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه ولم يقسم، فإن ابن عبدالعزيز كان يقول: الهبة في هذا باطلة، وبه نأخذ، ومن حجته في ذلك أنه يقول: لاتجوز الهبة إلا معلومة مقسومة مقبوضة، ويقول: بلغنا عن أبي بكر الصديق أنه نحل لعائشة جذاذ عشرين وسقاً من نخلة بالعالية، فلما حضره الموت، قال لها: يا عائشة، إنك لم تكوني قبضتيه، وإنما هو مال الورثة، فصار بين الورثة، لأنها لم تكن قبضته، وكان ابراهيم يقول: لاتجوز الهبة إلا مقبوضة، وكان الربيع يقول: إذا كانت لإثنين فوهبها أحدهما لصاحبه فهذا قبض، وهذه معلومة، وكان أيضاً يقول: الهبة جائزة وإن لم تقبض، والمأخوذ به أن الهبة جائزة بغير قبض، وهو قول علي وابن مسعود فيما بلغنا، إلا أن يكون الوالد لولده فلا تجوز هنا إلا بقبض كما ذكرنا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وتقوم عندهم مقام البيع، أعني تجوز في موضع يجوز وتبطل في موضع يبطل، بل هي أسهل من البيع لأنها تقطع عندهم ما لايقطع البيع في وجوه الغرر من جهة أنها قربة إلى الله تعالى وصدقة.

وفي الأثر: ومن نحل ما في بطن أمته لرجل فذلك جائز إلا أن يكون والد لوالده، فإن ذلك لايجوز لتعذر القبض فيه، فهذا يدل منهم، أن الهبة يسهل فيها الغرر، ولذلك يستعملونها في كل موضع يقطع فيها البيع، مثل بيع الماء وبيع الفلاة وما أشبه ذلك، والله أعلم.

قوله: يا عائشة إنك لم تكوني قبضتيه، في نسخة: تكن.

وإن مات الواهب عندهم قبل أن يقبض الموهوب له الهبة كانت للموهوب، وإن مات الموهوب له قبل أن يقبضها، فهي لورثته.

وفي الأثر: وإذا كانت الهبة في عبد، فوهبه رجل لرجل آخر غائب، فليس عليه صدقة الفطر في ذلك العبد، وهي على الموهوب إن علم، وإن لم يعلم بالهبة لم يكن عليه شيء حتى يعلم، وذلك لأنه لا تصح طاعة بغير علم، والله أعلم.

وأما الهبة التي يقصد بها وجه الله، فهي صدقة حسنة ومندوب إليها وثوابها عند الله يرتجى، كقوله تعالى: ﴿وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأُولئك هم المضعفون﴾ (١)، و لايحل للمتصدق بها أن يرجع فيها، لقوله عليه السلام: (الراجع في هبته، كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه) (٢)، وإن رجع إليه بوجه من وجوه الاملاك، فلا بأس عليه في قول بعضهم: والدليل على ذلك ما روي (أن رجلاً تصدق على أُمه بجارية، فماتت أُمه، فأتى النبي ﷺ يسأله، فقال له ﷺ: قد وقع أجرك على الله، ورد الله عليك جاريتك) (٣)، وقيل (إن رجلاً من الأنصار تصدق على أُمه بقطعة ثم ماتت أمه، فسأل النبي ﷺ فقال: قد وقع أجرك على الله، ورد الله عليك قطعتك). والصدقة على هذا جائزة لمن ردَّها عليه الميراث، أو اشتراها بهذا الخبر في

قوله: أو أشتراها، يعني قياساً على الميراث، والأحسن قصر الرد على الميراث لأنه قهري بخلاف غيره، بدليل حديث عمر رضي الله عنه، فلا معارضة بين الحديثين.

---

(١) سورة الروم.
(٢) تقدم ذكره.
(٣) رواه ابو داود والترمذي والنسائي.

قول بعضهم وكره قوم ذلـك لقول النبي عليه السلام لعمر بـن الخطاب : (لاتعد في صدقتك)، وذلك أنه تصدق بحصان فوجده يباع في السوق فأراد أن يأخذه، غير أن حديث عمر في البيع، وأما الميراث فعنـد بعضهم: أنه ينبغي أن يجعله في ذلك الوجه، وعند الآخرين جائز.

وفي الأثر : قال حدثنا أبو عبيدة أن الرجـل إذا تصدق بصدقة ـ أظنه أنه قال لوجه الله أو كلام هـذا معناه ـ ثم يرثها فإني أرى له أن يجعلهـا في مثل ذلك الوجه ولا يأكلها، وكـذلك قال حاتم أبو منصـور، وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن ذلك فقال فيها مثل قولهما.

وقال ابن عبـدالعزيز: كل صـدقة ردها عليك كتـاب الله فكلها هنيئاً مـريئاً لايخالجك فيها شك ولا يكن في نفسك منها شيء فإنه لا إثم عليك فيها ولا كف لأن الله هو الذي ردَّهـا عليك وكتابه، وإن أنت أمضيتها في ذلك الـوجه فحسن جميل، وإن أكلت وحبست فـلا جنـاح عليك هنيئـاً. وكـذلك أيضـاً إذا أعتق الرجل عبده أو أمته لـوجه الله أو لديْن كان عليه فلا يستحب أن ينتفـع منه بوجه من الوجوه، والأصل في هذا كلـه ما ذكرناه وهو قوله عليـه السلام لعمر: (لاتعد في صدقتك) [1] والله أعلم.

قوله : جائز ، هذا هو الذي يدل عليه الحديث .

قوله : هو الذي ردها الخ ، هذا ظاهر في الميراث ، لأنه لاسبب له فيه .

---

(١) رواه أحمد وابو داود والترمذي .

وأما الهبة التي يُقصد بها وجه المخلوق فلا يخلو أن يقصد بها دينه أو دنياه فإذا قصد بها دينه فلا تحل ولا يحل لأحد أن يأكل بدينه .

وقد روي عن النبي ﷺ قال : (من أشراط الساعة بيع الحكم وقطيعة الرحم ، والاستخفاف بالدم ، وكثرة الشروط ، وأن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا بأفضلهم إلا ليغنِّيهم به غناء) (١) كما روي (أن النبي عليه السلام أمر بعض عماله أو قال بعض أصحابه أن يتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً) (٢) ومثل هذا ما ذكر عن أبي محمد أيسر ويلسين في رواية الشيوخ أنه بات في تمنكرت فجعل أهل المنزل يخرجون عنه حتى بقي وحده ، وكان معه رجل غريب ، فلما خرج أهل المنزل فبدأ في القراءة وكانت له نغمة ، وكان له حسن الصوت ، فلما سمع أهل المنزل قراءته جاؤه بالطعام فأبى أن يأكله وقال لصاحبه : إن أردت أن تأكل كُلْ لو كانوا يطعمون في الله لأطعموني أولاً والله أعلم .

غير أن هذا يعرف بالقرائن والدلائل إذا تبين أن الإطعام لم يكن لله وإنما كان على وجه لايحل ولا يجوز مع هذا ، ونظير هذه المسألة ما روي (من نهيه عليه السلام عن كل قرض جر منفعة) (٣) لأن معه قرينة تدل على أنه إنما أعطاه ذلك لأجل ماله وهو منه مداراة ، وكذلك كل من له عند رجل حق يجب فيه مثل هذا ، وكذلك طعام الرجل عند غريمه .

---

(١) رواه مسلم وابن ماجه والدارقطني .

(٢) رواه الطبراني .

(٣) متفق عليه .

وفي الأثر : وقال من قال : إنَّ طالب الحق لاينزل على غريمه ولا يأكل طعامه ولا يقبل منه هـدية إلا أن يحسب ذلك من حقـه ، وأَرجو إذا كـان بطيبـة نفس المطلوب أن لايكـون به بأس . ومن غيره ، قال : قد قيل ذلك من الـرياء أن يأكل الغريم مع غريمه ، وقال من قال : إذا جاء يطلبه بحقه ، وأما في غير ذلك الوقت فلا بأس ، وهذا فيما يوجبه النظر إنما يـرجع إلى القرائن والدلائل ، فمن القرائن ما ينزل منزلة التحقيق ، ومنها ماهو دون ذلك والله أعلم .

وأما إذا قصد بالهبـة ما يثبته الموهوب له من الدنيـا فإنه لايخول أيضاً أن يكون الثواب معلـوماً ، أو غير معلوم ، فإذا كـان الثواب معلـوماً ، فالهبـة جائزة وتجري مجرى البيع في معانيها .

وقد ذكر أبـو عبدالله محمد بن بركـة في كتابه : فإذا قال البـائع : بعتك ، وقال المشتري : اشتريت منك ، كان بيعاً ، وإذا قال : خـذ هذا وأعطني هذا ، لم يكن بيعاً .

وكذا إن قال : وهبت لك هذه السلعة بكذا وكذا لم يكن بيعاً ولا هبة .

وقال بعض أصحابنا : دفع البدل يزيل الضمان .

وإن كـان الثواب غير معلـوم فهي أيضـاً جائزة وعلى الموهـوب لـه بالقيمـة .

قوله : مع غريمه لعله عند .

قوله : الموهوب لها ، لعله له .

قوله : وقد ذكر الخ ، هذا إنما ساقه للمقابلة .

قوله : ولا هبة ، يعني ـ والله أعلم ـ لأنه ليس من شأن الهبة أن يقال فيها ذلك .

وفي الأثر: وإن ذكروا ثواباً ولم يثبه الموهوب له كان له أن يرجع الهبة، فهذا يدل منهم أن الهبة للثواب بمنزلة البيع يدرك فيه القيمة، وفي كتاب أبي عبدالله: والهبة جائزة للغني والفقير، وجائز قبولها من الغني والفقير.

ومن ذهب من أصحابنا إلى أن الهبة من الفقير لاتجوز إلا على وجه ضمان البدل فعندي أنه أغفل في الرواية لما روي أن النبي عليه السلام قبل الهبة من بريرة مولاة عائشة لما أهدت إليه لحماً كان تصدق به عليها، فقال النبي عليه السلام: (هو عليها صدقةولنا من عندها هدية) [1] ولم ينقل أحد فيما علمنا ضمان النبي ﷺ لها بدلاً من هبتها. وأما الصدقة فكانت محرمة عليه لما رفع الله من قدره، وكان لايكون لأحد عليه يد بما آتاه الله به من خلقه بفضل الرسالة، ويجوز أن يكون إنما حرَّم الله عليه أخذ الصدقة إذا كان في حال من تجب له في ذلك الحال لما جاءنا من الله عز وجل له بذلك ليعظم أجره، والله أعلم.

قوله: بمنزلة البيع، أي في كونها تحتاج إلى مقابل.

قوله: القيمة، أي أو المثل، ولعل هذا إذا فاتت.

---

(١) رواه الخمسة.

فصـــــل

وأما الهديـة بين الناس فجائزة ومندوب إليهـا ، وروي أنه قال عليـه السلام : (تهادوا عباد الله فإن الهدية تثبت المودة وتذهب الشحناء) [١].

وفي خبر آخـر عنه عليـه السلام : (تهادوا تحابـوا) [٢] وقال عليه السـلام (لو أهدي إلي كراع شاة لقبلته ، ولو دعيت إلى كراع لأجبته) [٣].

وفي كتـاب أبي عبدالله : وقـد قـال بعض الفقهـاء : إن ثـواب الهدية كثـواب الصدقة ، وعنـدي ان هذا القول يحتمل التأويل لأن الصدقـة قد تصل إلى سيىء الحال وقد تصل من كثير المال وهي قليلة من صـالح الحال من الفقر ، والهدية قد تصل إلى رحم سيىء الحال أو حسن الحال من كثير المال فينال المهدى إليه فضل الهدية والسرور بهما وتجديد المودة وصلـة الرحم والأفعال أو فائدة ومـوافقة أحوال تحدث ، وقد حثَّ الله تبارك وتعـالى ورسوله عليه السلام على صلـة الرحم ، فقال جل ذكره : ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾ [٤] أي اتقوا حق الله عليكـم واتقوا حق الأرحام . والله أعلم .

وقد قال عليـه السلام : (صلوا أرحامكم ولـو بالسلام) [٥] وهذا القـول منه

---

(١) رواه مالك في الموطأ .
(٢) رواه الطبراني في الأوسط .
(٣) رواه البخاري .
(٤) النساء .
(٥) رواه مسلم وابو داود وابن ماجه والدارقطني .

عليه السلام حثٌ وترغيب لبر الأرحام والصلة والله أعلم .

وكذلك أيضاً ما يجعله الأب لابنته أو الإخوة لأختهم إذا أرادوا أن يخرجوها لزوجها فإنما ذلك صلة رحم وهدية لايدركون عليها شيئاً بعد ذلك .

وفي الأثر: والإخوة إذا أرادوا أن يُخرجوا أختهم : هل يحسبونها بما خرجت به أم لا؟ قال : لايصح لهم ذلك إلا إن باعوا لها سهمها ، أظنه شيئاً من ذلك بثمن معلوم والله أعلم .

وفي الأثر: والهدية إذا فصلت من يد المهدي إلى المهدى له ومات المهدى له قبل وصولها رجعت إلى المهدي كهدية النبي ﷺ إلى النجاشي رجعت له لما مات النجاشي .

وقد قيل غير ذلك فهذا يدل أنَّ الهدية ما لم تصل إلى المهدى إليه فهي مال المهدي، وإن مات المهدى إليه قبل وصولها رجعت إلى المهدي، وإن مات المهدي قبل وصولها له رجعت إلى ورثة المهدي .

وفي بعض الآثار: وسألت أبا المورج وابن عبدالعزيز وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن المرأة تتصدق من مال زوجها وتعطي منه وتهب ، قالوا جميعاً : لاتتصدق ولا تعطي ولا تهب شيئاً من مال زوجها إلا بإذنه ، قال أبو المؤرج : فإذا أذن لها في ذلك فهما شريكان في الأجر.

وقال ابن عبدالعزيز: لها ما تصدقت أو وهبت أو أعطت ، وقد أشركته في الأجر وإن لم يجعل لها أجر في ذلك فلها الأجر وهي منفذة لأمره الذي أمرها

به من العطيـة والصدقة والهبـة، لا أجر لها إلا في طـاعتها وتنفيذهـا لأمره، قلت لها: فـالمملوك يتصـدق من مالـه فلا أجـر ذلك لسيده إلا أن يجعل لـه أو يشركه فيه.

وفي الأثـر: وهبـة العبـد المأذون له في التجـارة جـائزة، فقـد روي عن سلمان الفارسي أنه قـال: (أهديت لرسول الله ﷺ وأنـا عبد فقبل مني)[1] وإن قارنت الهدية قرينـة تدل على الثواب مثل مايهدي الفقير للغني ولمن يـرى أنه إنما يقصد بـذلك الثـواب، فقـد روي أن جـابـر بـن زيـد رحمه الله قـال: من المكـافأة من التطفيف.

وفي الأثر: وذكـرت من أهدى لـرجل هديـة، وقـد اتهم المهدى إليـه إنما أهدى إليه ليكـافيه بأكثر من ذلك فمات المهدي، أكـان على المهدى إليه شيء أم لا؟ فإن كان من باب الاحتياط، فنعم، وأمـا الوجوب فليس عليه فيما عندي في ذلك ما يجب عليه والله أعلم. والذي يوجبه النظر على مارأيته.

وفي الأثر: واستدللت عليـه أن الهدية إنما يراعى فيها العـرف والعادة الجارية بين الناس، ويقوم ذلك مقـام الشرط، وذلك في كل هدية يتعرفهـا الناس بينهم وتجري بينهـم العادة في ذلك أن يهدي بعضهم لبعض في ذلك على طريقة المعونة لأن يهدى له هو أيضاً في معونـة مثلها، مثل ما يجري بينهم في الولائم والمآتم وما أشبه ذلك، فيلزم المهدى له قيمة ذلك الشيء الذي أُهدي له لأنه بمنزلة البيع.

---

(١) متفق عليه.

وفي الأثر: والهدايـا إنما تدرك فيها القيمـة ولو كـان الشيء حاضراً إذا لم يكن بينهم الاتفاق.

وفي الأثر أيضـاً: وعن يوسـف قال: لاتدرك الهدايـا في الحكم إلا إن اشترط ثواباً ملعوماً لأن الحاكم لايحكم بمجهـول، قلت له: من جلب عروساً فعمل له رجل جفنـة فجعلها إليهـا، على من تكون قيمـة تلك الجفنة؟ قـال: على المرأة، لأنها إنما جعلوا ذلك لحرمتها وحرمة أبيهـا، قلت له: إن أكلت منها شيئاً يسيراً؟ قال: عليهـا قيمة القصعة كلها لأنها فسـدت من سببها وكان منشيهـا قبولاً والله أعلم.

وأمـا الهبة المختلف فيهـا، فمثل هبـة الرجل لبعض أولاده دون بعض، وقـد روي (أن رجـلاً يسمى بشيراً وصـل إلى النبي عليـه السـلام، يستشهـد في نحل ينحله ابنـه النعمان بن بشير، فقال لـه: أكُلّ أولادك نحلت؟ قال: لا، فقـال له النبي عليه السلام: فارْدُدْه)[1]. وروي أنه قال فأشهـدوا غيري، وروي أنه قال عليـه السلام: (أليس يسرك أن يكـونـوا لك في البر سواء)، قـال بعض: الحكم جائز وهـو عاص، والدليل لهم قـوله عليه السـلام، اشهدوا غيري، ومنهـم من يقول: لايجوز، لقوله عليه السلام: اردده. ولأن النهي يوجب رد الحكم، ومعنى قوله عندهـم: أشهدوا غيري على معنى التهديد، والذي يوجبه النظر، أن الفعل ثابت، والـوالد عاص، وذلك لأن النهي إنما ورد تأديباً من النبي عليـه السلام،

قوله: فجلبها إليها، أي فجلب المرأة إلى الجفنة بدليل سياق كلامه.

---

(١) رواه ابو داود والترمذي وصححه.

لئلا يعرض في قلب ولده الممنوع ما يمنعه من برِّه، والدليل على ذلك، قوله عليه السلام: (أليس يسرك أن يكونوا لك في البر سواء)، فإذا كان يسره أن يكونوا له في البر سواء، كان الواجب عليه العدالة بينهم، ذكوراً كانوا أو إناثاً، أطفالاً كانوا أو بلغاً، أو بعضهم لعموم الخبر على قدر ميراثهم منه، ولا يحف إلى بعض أولاده دون بعض، وليعدل بينهم ما استطاع كما ذكر عن النبي عليه السلام، وفي كتاب أبي عبدالله محمد ابن بركة: وأجمع الناس على نحل ولد الولد، ولم يجمعوا على نحل ولد الصلب، ولولا الإجماع على ذلك، لم يجز نحل ولد الولد، لأن اسم الولد يقع عليه، فهذا يدل أنه ليس عليه العدالة فيما بين أولاده وأولاد بنيه، وكذلك أيضاً أولاد بنيه فيما بينهم، إن أعطى لبعضهم شيئاً دون بعض في قول بعضهم، وعلى قول الآخرين: إن عليه أن يعدل فيما بين أولاد بنيه إذا أعطى لبعضهم، لأنهم كلهم عنده سواء في منزلة واحدة، وكذلك أيضاً ليس عليه العدالة فيما بين ابنته وغيرها من الورثة، إن لم يكن له سواها من الورثة، إن لم يطلب في ذلك الحيف من الورثة، والله أعلم.

وإن طلب في ذلك الحيف فيما بين الورثة، فلا يحل أن يحيف بين ورثته ولا يحل لمن يحضر له، لأن ذلك فرار من فرائض الله.

وفي الأثر: وإذا كان لرجل ابن واحد وليس له غيره، فأعْطاه شيئاً ثم حدَّث بعد ذلك أولاد غيره، فليس عليه في عدالتهم شيء في قول بعض الفقهاء، وقال بعضهم: عليه أن يعطي لهؤلاء الآخرين مثل ما أعطى الأولين، وأما إذا كان له أولاد موحدون وأولاد مشركون فأعطى للموحدين، فليس عليه من المشركين

شيء، وكذلك الأحرار والعبيد من أولاده مثل ذلك، فليس عليه من العبيد شيء ولو عتقوا بعد ذلك أو وَّحد االمشركون، وذلك لأن الله لم يساو بين الموحدين والمشركين والأحرار والعبيد في الميراث، فليس عليه التسوية بينهم في العدالة، واختلف الفقهاء في الأم: هل عليها العدالة فيما بين أولادها؟ قال بعضهم: عليها العدالة فيما بينهم كالأب، وقال آخرون: لا عدالة عليها، والذي يدل عليه اختلافهم أن من لم يوجب عليها العدالة بين أولادها اقتفى ظاهر الحديث، ومن أوجب على الأم العدالة فيما بين أولادها، جعلها في ذلك كالأب قياساً عليه، وعند الآخرين: أن الأب في ذلك بخلاف الأم، ويشهد على قولهم، قوله عليه السلام: (أنْت ومالك لأبيك) [1] ، وليست الأم كذلك، فهي قاصرة عن حكم الأب في ذلك، وليس على الأب في نفقة أولاده وكسوتهم وركوبهم عدالة، ماداموا لم يحازوا عنه، وذلك مثل أن يكون فيهم واحد يصلح لحضور الجماعة، فينبغي له اللباس الحسن، ومنهم من يرعى الغنم ولا يبالي بما لبس، وليس عليه العدالة في مثل ذلك، لأن ظاهر الحديث إنما ورد في شيء يملك ما ذكرناه، والله أعلم.

وكذلك أيضاً، إذا حبس السلطان واحداً من أولاده بظلم فأفداه أبوه من ماله، فليس عليه العدالة في ذلك، لأن ذلك عليه واجب، إلا إن كان لابنه مال، فعليه العدالة في ذلك، وكذلك إذا مرض أحد من أولاده فأعطى عليه

---

(١) تقدم ذكره.

الأجرة للطبيب أو أعطى الأجرة للمعلم على ما ذكرناه فيما يوجبه النظر، لأن ذلك عليه واجب، وأما ما كان عليه من الديون من قبل التعديات أو من قبل المعاملات فأعطى عليه ذلك بعدما حبس عليه، فعليه العدالة في ذلك، لأن ذلك صار إليه نفعه، والله أعلم.

وإن وهب الولد لوالده هبة، فقبلها وردَّها عليه الوالد بعدما قبلها، لزمه عدل تلك الهبة لسائر أولاده، لأنها بعدما قَبِلَهَا صارت له، فهي كسائر ماله، وإن أعطى لواحد من أولاده وليس له مال غير ذلك الذي أعطاه، فإنه ينزع له ويعطي للآخرين الذي لم يعط لهم.

وفي الأثر: وإن أعطى الوالد لواحد من أولاده، مثل أداة العمل أو معونة عبد يعلم له أو مثل ذلك من المعروف الذي يكون بين الناس، فليس عليه من ذلك شيء، وكذلك إذا كثر العيال على أحد من أولاده فأدركته فيهم الرأفة، وجعل يعطي لعيال ابنه شيئاً، فلا بأس عليه في ذلك، والله أعلم.

وفي الأثر: مسألة أخرى عملها أبو سليمان لرجل من أهل شروس أقرَّ لأولاده بالعدالة، بأكثر مما جعل للبنات، فحضروا له ثم أرسلوا الثقاة إلى البنات فجوَّزن ذلك، وكتبوا بعدما جوزن شهاداتهم، فهذا يدل من قولهم، أن الواحد جائز له أن يهب لبعض أولاده بطيبة نفس الآخرين على ذلك، لأنه من حقهم عليه، والله أعلم.

قوله: ويعطي للآخرين، لعله؛ أو.

وكذلك أيضاً على هذا المعنى، يجب عليه العدالة بين عبيده ونسائه، لأنه كما يسرُّه أن يكونوا في البر سواء، كذلك يجب عليه العدالة فيما بينهم كما ذكرنا في مسألة الأولاد، والله أعلم.

وفي الأثر: اختلفت العدالة مع الديون في أربعة أوجه، أحدها: لا يدركها عليه مادام حياً، وإن مات الاب فلا ينزل الإبن مع الديون، ومنهم من يقول: ينزل معهم، وإذا مات الولد أيضاً قبل الوالد، فلا يدركها وثته على الوالد، والوجه الرابع لايسقطها الأب إذا أراد أن يؤدي زكاة ماله، ولا يؤدي عليها الإبن حتى يستوفيها، وإن مات الأب ولم يوص بها، فلا يدركها الإبن في المال، وذلك لأن العدالة أضعف الديون، إنما تلزم فيما بين العبد وربه، وليس كذلك الديون، والديون تدرك ولو لم يوص بها المدين، لأنها مال متقدم في الذمة، والله أعلم.

وإن احتاج الأب فأراد أن ينزع من مال أولاده شيئاً، فإن عليه أن يعدل في النزع كما كان عليه أن يعدل في العطية، والأب يأكل من مال أولاده ما شاء وكيف شاء، ولو كان له ماله، وليس عليه العدالة في الأكل، كما أنه ليس عليه العدالة فيما يأكلون، أعني نفقتهم كما ذكرنا، والله أعلم.

قوله: إنما، (إن) اسمها (فما) موصول اسمي.

فصـــــل

وفي كتاب أبي عبدالله: واختلف أصحابنا في مـال الولد: هل للأب أخذه في حياته وتمليكه عليه، أو شيء منه في حال الإعسار وغير الإعسار؟ فأجاز بعضهم للأب أخذ المال من ولده، وإن كـان الأب موسراً، ويحكم له الحاكم بجواز ذلك الفعل، وقال بعضهم: لايجوز لـه ذلك إذا كان مـوسراً، فإذا كان أخذ من مـاله شيئاً كان بأخذه له ضامناً، وقال بعضهم: ما يأخذه الأب من مال ولده انتزاع، والإنتزاع لايكون إلا فيما أتلفه، وأما فيما عينه قـائمة، ينقلها إلى ملكه نحو الدور والأرضين والنخل فلا يصلح الإنتزاع فيه والعين قائمة، وقال بعضهم: لايجوز له أخذ شيء من ماله إلا الكسوة ونفقته يفرض الحاكم إذا كان معسراً والإبن موسراً، وهذا القول أنظر عندي وأدل على موافقة تأويل السنة والله أعلم.

واختلف أصحـابنا فيمـن أجاز للـوالـد مال ولـده، فقـال بعضهم: يملك بالإنتزاع على الإبن ماله، أو ما يأخـذ من ماله، ولا يكون ذلك إلا بالإشهاد على الفعل، وقال بعضهم: الأخذ هو الإنتزاع، هـو الأخذ منه، فقال من لم يرَ الأخذ إلا بالشهادة، أنـه يشهد بأنه قد ملّكه على ابنه ثم يحل لـه ذلك، فأما أخذه بغير بيِّنة فـلا، وقال بعضهم: تناولـه انتقالاً عن ملك إبنه إليـه، وهو انتزاع منـه له،

قوله: فيمن أجاز، لعله ممن أجاز.

فصاحب هذا القول يقول: لو أن رجلاً وطيء جارية إبنه، جاز له وطؤها وانتقلت عن ولده إليه، ووطؤه إياها إنتزاع منه لها، وقال بعضهم، لاتحل له حتى ينزعها قبل الوطيء، فإذا ملكها على ذلك، حلَّ له وطؤها.

وفي الأثر: قلت لهما: فالرجل يأخذ من مال والده ويتصدق ويهب ويعطي، قالا: ذلك كله للوالد من مال ولده، يضع في ذلك ما أحبّ، إلا أن ابن عبدالعزيز قال: ما لم يضر ولده ويجحف بماله ولاحقاً بالضرر، قالا جميعاً: ولا يحل للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، قال أبو المؤرج: حدَّثني أبو عبيدة، رفع الحديث إلى ابن عباس إلى جابر عن عائشة، أنها قالت: (إن أطيب ما تأكلون من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوا من كسبكم) [1]، قلت لابن عبدالعزيز: لو أن رجلاً محتاجاً وابنه غني، إن هو بسط يده إلى ماله حال الإبن بينه وبين الأخذ من ماله، فليأت به إلى القاضي، فليعلمه بحاجته إنه حال بينه وبين الأخذ من ماله، قلت: أفيعطيه القاضي إذا أتاه وأعلمه ما ذكرت على أخذ ما أحب من ماله؟ قال نعم؟ يعطيه القاضي من مال ولده ما احتاج إليه، ويحبسه على ذلك ويأخذه برزقه ونفقته وكسوة عياله بالمعروف، على قدر سعة الإبن، غير مضار به ولا مشقوق عليه فيما لايحمله، قال أبو المؤرج: حدثني أبو عبيدة مسلم، أن رجلاً أخذ من مال ولده في حياة النبي ﷺ، فانطلق الإبن إلى النبي عليه السلام يشكو والده ويقول: أخذ والدي من مالي، فقال

(١) تقدم ذكره.

النبي عليه السلام: (أنت ومالك لوالدك) [١].

وأما الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس، فمنها هبة الكراهية، لا تجوز، لقوله عليه السلام: (ليس على مقهور عقد ولا عهد) [٢]، لاتجوز للموهوب له، وليس على الواهب منها حرج، لأنه إنما فدى نفسه بماله، وقد أجمع الناس أن للرجل أن يفدي نفسه من العدو إذا أسروه، وليس ذلك بمعونة لهم، وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ قال: (عودوا المرضى وأطعموا الجائع وفكُّوا العاني) [٣]، فلا يأمرهم النبي عليه السلام بشيء لايحل لهم فعله، ومن ذلك أيضاً عطية المداراة لاتجوز للذي يأخذها، وفي الحديث: (شرُّ الناس من يكرمه الناس مخافة شره ولسانه) [٤]، فعمَّ ﷺ ولم يخصَّ: أعني كل شر يخاف أن يلحقه من قبله، فإن قال قائل: فإذا جاز للمسلمين أن يدرأوا عن أنفسهم وأموالهم بأموالهم، فهل يؤاخذ الناس فيما بينهم إذا أبى البعض أن يعطي؟ قيل له - والله أعلم - ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، فهذا الذي يعطونه المسلمون عن أنفسهم وأموالهم وحريمهم للجبار، بمنزلة الدفع عن أنفسهم وأموالهم وحريمهم، إذا قدروا أن يدفعوا ظلم الجبار بأنفسهم دفعوه، وإن لم يقدروا بأنفسهم فبأموالهم، وليس ذلك منهم بمنزلة المعونة، وإنما ذلك منهم بمنزلة الدفع لظلم الجبار.

---

(١) تقدم ذكره.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه الخمسة.

(٤) رواه احمد وابو داود.

وفي الأثر: قال محمد بن جعفر: وليس لأحد أن يعينهم بمؤنة، إلا أن يخافوا على البلاد والرعية، فلا بأس على من قام بذلك وطلب الاستبقاء على البلاد وأهلها، واستخرج لهم الخراج الذي وضعوه على أهل البلاد، ممن أعطى برأيه وطابت بذلك نفسه، ولا نحب أن يتعرض من قام بذلك من مال غائب ولا يتيم، وقال أبو المؤثر مثل ذلك: وإن أخذ الجبار مال اليتيم وكان له وصي أو وكيل، فخاف على مال اليتيم أن يذهب، فصالح عنه من ماله بأقل مما خاف أن يذهب منه واجتهد في ذلك، فأرجو أن يكون له إن شاء الله، وإن كان هذا الجبار محارباً لأحد من المسلمين طالباً لهم، فلا نرى لأحد من المسلمين أن يعينه في وقت مطالبته على خراج يأخذه من الناس، ولا بمال ولا بمقال ولا بشيء مما يقوى به على محاربة المسلمين.

وقال أبو المؤثر: لا يجوز لأحد من المسلمين معونة الجبابرة سلماً كانوا أو حرباً، فإن خافوا هلاك البلاد فللمسلمين أن يدفعوا عن أنفسهم وبلادهم وأموالهم بما دفعوا إليه من أموالهم، ولا بأس عليه بذلك إن شاء الله، ولا على من أخذ على الناس الأحرار البالغين برأيهم وطيبة من أنفسهم مالاً ودفعه إلى الجبابرة على ماوصفنا من الخوف على حريم المسلمين ودمائهم وأموالهم، ولو كان في مناصبة لعسكر من عساكر المسلمين، لأن هذا أهون على المسلمين مما يصابون به منهم والله أعلم.

وقول أبي المؤثر في هذا أسهل وأيسر إن شاء الله ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾، غير أن أبا المؤثر لم يبح من ذلك إلا ما كان عن طيبة نفس من صاحبه، والله أعلم.

وفي جـوابات الشيـوخ رحمهم الله : وما نقـول في أهل منـزل اتفقوا على قيمـة أموالهم لحال حامي أصلهم ومنافع منزلهم ، فقال قائلون منهم : إنما نقوِّم ماجرت عليـه أمـلاكنـا من الأصـل والحيـوان والعـروض والثمار وجميع الأمـلاك ، وقـال الأكثـرون منهم : بل لا نقـوِّم إلا الأصل ومـا اتصل بـه ، والفرقـة الأخـرى وهـم الأقل ، والله أعلم بمـرادهم في ذلـك وهم من أهل العـروض أيضـاً ، الجواب في ذلك فيما عندي إذا كـان هذا الذي يقـوِّمون لحال ما يعطـونه لحامي أصلهم فإنما يـرجع في ذلك إلى الذين قـالوا نقـوِّم الأصل لأنهم إنما يعطون على قـدر أصلهم ، وسبيل هـذا سبيل سـائر الاجارات . وأمـا غير هـذا ممـا يجمعـونه لمنـافع منـزلهم ومصالحهم مثل الضيافة وأشبه ذلك فإنهم يقوِّمون جميع أموالهم .

وفي الأثـر أيضـاً : الغفـارات على الحمـول ليس على الجمال إذا لم يكن بينهم الاتفاق ، وفيه أيضاً : وإذا كان الرجل في منزل قوم وقد أعطى معهم الصلة فله ما لأهل المنزل من الرعي والسقي من أبيارهم وأنهارهم ، ولا يمنعونه من ذلك ، وإن لم يعط الصلة فلهـم منعه مما ذكـرنا ، وأمـا الخروج فلا يخرجـونه ، إذا كـان له دار وأرض ، وذكر الشيخ أنها نزلت في زمان أبي منصور في ويفات ، فوجده قد أعطى معهم الصلة ، فلم يجدوا أن يمنعوه مما لأهل المنـزل ، ونزلت أُخرى في كراين وهو لم يعط الصلة فمنعوه من المرعى والسقي ، وإذا كان لرجل أرض في غير منزله فلا يدرك عليه أهل منزله أن يعطى عليـه إذا كان يعطى عليه في ذلك المنزل ، ويدرك عليـه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليـه ، وإن لم يعط في ذلك المنزل فإنـه يدركـون

عليه أن يعطى عليه في منزله، وهذا في الغفارات، وإما الضيافة فلا يدرك عليه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليه لأن له منزلاً ومسجداً، وأهل منزله يدركون عليه أن يعطى عليه، وكذلك أهل المنزل يدركون على من كان له أصل في منزلهم ما نابه من الثمر، فهذا يدل منهم أن ما يعطونه لحامي أصلهم إنما يعطونه على ماعليه من الحماية كما ذكر منزلتها كسائر الاجارات وأما الضيافة فإنما هي من منافع المنزل، وهي على أهل المنزل على أموالهم ولذلك لايمنعون من منافع المنزل من الغرباء من أعطاها معهم كما ذكرنا، وأما ما يعطونه للناس ويدرأون عن أنفسهم وأموالهم الظلم فإنما هو على أموالهم.

وفي الأثر: وذكرت ما بين أولاد عمران في بستانهم في تيجي وكان أوائلهم إنما يؤدون على سهامهم في الحوض من له ليلة أو أقل أو أكثر فكانوا يؤدون على تلك الحال، وكثرت عليهم المودة للعرب وطلبوا إلى الآخرين أن يجعلوا الغنيمة: هل يجدون ذلك؟ فاعلم يا أخي ـ أيّدك الله ـ أن مسائل العامة وما يؤول إلى هذا إنما تجري على المحاسنة والمتامة فالذي عندي، والذي أحفظه عن الشيخ رحمه الله فقال: إن المنازل على سير مفترقة وأحوال متفاوتة، فمنهم من يؤدي على مراتب ثلاثة: العليا والوسطى والدون، ومنهم من تجري أمورهم على القيمة، ومنهم غير ذلك، ولكن إن ما سمعته يحمد من ذلك وهو أحوط فيها قال: إن ذلك

قوله: الغفارة، صوابه الخفارة بالخاء، وهي مضمومة ومكسورة.

قوله: إلى الآخرين، أي الذين ليس لهم في الحوض حق أو حق زائد على ما سقي من الحوض.

على قيمة أمـوالهم فمن زاد زادوا لـه ، ومن نقص نقصـوا له ، وهـؤلاء يـا شيخ ، الـذي عنـدي إذا كـانوا ليـس لهم هناك إلا الحوض ومـا يسقى منـه فتفـاضلـوا وأشباهها فأسبق إلى النفس من ذلك أن يمضوا على ما مضى عليه أوائلهم ، وأما إن كان بعضهم استفاد أموالاً غير الحوض ومـا يسقى منه فعليهم أن يقوّموا جميع أموالهم والقيمة أحوط لهم ، إلا إن خشيت أن يتفق من ذلك ما لا تدرك غايته أن يستمسك غيرهم إلى ذلك ، وفيـه أيضاً ، وأمـا ما ذكرت مـا بين أهل تملوشـايت وجماعتهم من أهل تيجي ، أبوا أن يـدوا معهم ، فاعلم يا شيخي أنهم قـد سألوا أبي في حيـاته ، فقـال : لأهل تيجي : تـدوا على أموالكم في تملـوشـايت مع أهل تملوشايت فيما يدارون به عن أنفسهم وأموالهم ، فقال لهم أبو يوسف : بزعمي نزار مـا نشتغل بأبي داود ولا بأبي عبـدالله وأكثـر جماعتهم حضروا مع عطيـة الله ، والساعة ياشيخ : إن أجابوا لك ما يجب عليهم من الحق أن يفعلوه ، فقد أخبرتك بما قال لهم أبي ، وعندي أنـا مثل ذلك ، وقد تكلموا يومئـذ أن من عثر في العرب باطـلاً فعليه أن يدي من مـاله ، وأن من أغـاروا عليه ، فعثر فيهم أو خـرجوا إلى العرب بالعـامة فعثر فيهم من عثر، فليس عليه شيء من مالـه فإن خافوا من شر العـرب بسبب ذلك داروا على أنفسهم وأموالهم ، وأمـا مـا قال أبـو الربيع : أنـه سألنـي عن هـذه المسألـة ، وهمتُ مـاروواه عني فإن أنصف فهـا أنـا ذا

قوله : وأشباهها ، لعل المراد وأشباه هذه المسألة حكمه كذلك .

قوله : وجماعة أهل تيجى ، في نسخة : وجماعتهم من أهل تيجى .

قوله : ليس عليه شيء من ماله ، أي وحده .

قوله : وهمت ما رواه أي ، شككت فيما رواه .

فليحاججني، فما رضوا يا شيخ أن يجوز عليهم مثل ما يجوز على غيرهم، فالله نسأل العون والتوفيق.

وفي الأثر أيضاً: وذكرت قوماً جمعوا طعاماً للجبابرة إن كان تؤكل فضلته أم لا، فأعلم أن ماعندي في ذلك ألا تؤكل، لأن أصل ذلك إنما جعل للخوف والمداراة، ولو تحللوا فيها بينهم، ومنها أيضاً: هبة المرأة لزوجها إذا ادَّعت أنها فعلت ذلك بمداراة.

وفي الأثر : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدَّقت عليه بصدقة أو ابرأته من مهرها ثم قالت بعد ذلك: أكرهني، وجاءت على ذلك بالبينة فإن ابن عبدالعزيز كان يقول: لا تُقبل بينتها ويمضي عليها ما فعلت، وكان الربيع يقول: تُقبل بينتها على ذلك ويبطل ماصنعت، وإن وهبت له هبة أو تصدَّقت عليه بصدقة ثم قالت بعد ذلك: إنه أكرهني على ذلك ولم تكن لها بينة على ماادعت من الإكراه، فقول الربيع: إنه يقبل ذلك منها ويبطل ماصنعت، وقال ابن عبدالعزيز: لايقبل ذلك منها ولا يبطل ما صنعت، وقال الله تعالى ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ (١).

قوله : ومنها أيضاً، أي ومن الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس.

قوله : تقبل بينتها، هذا هو الظاهر لقوله عليه السلام (ليس على مكره عقد ولا عهد) ولقوله أيضاً. (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه) (٢).

قوله : لايقبل ذلك منها ، هذا هو الظاهر .

---

(١) النساء : ٤ .

(٢) تقدم ذكره .

وفي الأثـر أيضـاً : وقـال رحمه الله : إن الحاكم لايشتغل بأربعـة ، من أراد أن يأكل صداق ابنته بالحاجة فـلا يشتغل به فليأخذ على نفقته إن شاء ، ومن ادعى أنه أعطته امرأته صداقهـا فلا يشتغل به إذا ادَّعت المرأة بعد ذلك الكراهية ، ومن مات وترك امرأتـه وورثته وادَّعى الورثة أنَّ مورثهم قد طلقهـا في حياته فلا يشتغل بهم والأخت إذا ادَّعى أخـوتها أنها أعطت لهم مـالها فـلا يشتغـل بهم مـادامت تستحيي والله أعلم .

وفي الأثر أيضـاً : وأما مسألة التي أرادت أن تـأخذ ميراثها من عنـد إخوتها ، فـادَّعوا أنها وهبت لهم حين مـات أبوهـا ، فأعلم أيـدك الله أن هبة الجنـازة حين يموت أبـوها فيطلبوها منهـا ، فتلك هبة مداراة لايشهدوا بها الشهـود ، إن قالت بعد ذلك : إنما فعلت ذلك بـالحياء والمداراة ، ولا يحكمهـا الحاكم إذا تبين عنده أنهم بتلك الهبـة شهدوا ، وأمـا ما ذكـرت أنهم قـالوا : إن الإخـوة باعـوا من ذلك الأصل بعـد هذه الهبـة ، فإن ذلك يضر بشهـادتهم مالم يحكم الحاكم بها ، فهـذا عندي ، والله أعلم .

قولـه : لايشتغل بأربعة الخ ، لاينصـب الحاكم أيضاً الخصومـة بين الرجل وابنتـه فيما أكل من صداقها كما نص عليه عمنا يحيى رحمه الله تعالى .

قوله : فلا يشتغل بهم ، لعلـه إذا تركها في منزل طاعته ولم تقم قـرينة على الطلاق واتهم بالضرر بدليل مـا ذكره فيما تقدم في باب القسمـة في دعوى الورثة ، بعضهـم على بعض حيث قـال : أو كان العد عن امرأة فقال : قد طلقها مورثنا في حياتـه ثلاثاً ، فعليه البينة في هذه الوجوه كلها ، فإن لم يجد البينة فلا يـدرك اليمين إلا في طلاق المرأة إن لم يتهم بالضرر في ذلك لأن الطلاق يمكـن أن تعرف به المرأة فذلك يكون فيه اليمين الخ .

ومثلها أيضاً، ما ذكرت مسألة مـابين إبنة يخلف ويونس بن ميمون قد قضى الله ليونس، اشترى من عند أولاد يخلف الفدادين وأختهم عندهم، ثم بعد ذلك خرجت أختهم فكانت عنـد زوجها حتى مات وتزوج مـوسى، ثم أمرت فيما قال العبد: فدخل الفدادين، ثم جاء يـونس واشتكى به الساعة، وادَّعى يونس أنها جوَّزت البيع حين كانت عند إخوتها، وأنكرت هي ذلك فيما قال زوجها، فأعلم يا أخي إنما عندي في ذلك، أن بيع الجاريـة تحت إخوتها، وهبتها يضعفون ذلك ولا يشتغلون به إذا ادَّعت بعد ذلك أن ذلك منها مداراة، فإن علم أنه بيع لحاجة لابـد منهـا، من نفقة أو ديْن يلـزمهم جميعـاً، ومـا تحتـاج إليه من خـروجهـا إلى زوجها، فإذا كـان على هذا المعنى فجائز: ولكـن الذي عندي حين أقـامت بعد الخروج هذه المدة الطـويلة حتى مات الزوج الأول فلم تعـارض من غير مانع ولم تتكلم، فهي عندي مريبة، فيدرك عليها اليمين أنها لم تجوز إذا لم تتهم المدعي في ذلك، وأما قول زوجها عنها فليس بشيء حتى تتكلم بنفسها.

وفي الأثر أيضاً: وأما ماذكرت من مسألـة رجل مات وترك أباه وامرأته وابنته، وكان للمرأة أول مـال، وكان مع زوجها أنـدرهما واحد ومنشرهماواحد ومعصرتهما واحدة، فلما مات زوجها، قال الأب: المال مـالي، وما أعطيت لولدي إلا أعطية النكاح، قلت: وقد كان ولده مـاله على حدة وكذلك الإخوة، فقلت: فعلى من البينة على الأب أو على ورثة الـولد؟ الجواب في ذلك عندي: قد يعـرف مثل هذه المسألـة أليس قد جـازت عليك غير واحدة؟ فهـذه مثل مسألة ولـد تليتيس بن القـاسـم الملـوشـاني وولـــد يحيى بن زكـــريـــاء، يحتـالـــون لها الأخبـــار

ويعينونها حتى تأخذ مهرها وميراثها وشرح ذلـك يطول في الكتاب، ولها أيضاً ما ينوب أصلهـا مما استفاد زوجها من الغلـة التي اشتركوها، فهذا مـا عندي، والله أعلم.

وأما الـذي قال الأب: مـا أعطيت لابني إلا عطية النكـاح، فأعلم أن عطية النكاح حلال لمن أُعطيت له، وحرام على من أعطى أن يرجع فيها، والله أعلم.

ومنها أيضـاً هبة الاطهانيـة، وفي الأثر: وأما إن أقـرَّت بالهبـة وادَّعت أنها هبة الاطهانية، فعليها بيان ذلك، وقـد اتفق الشيوخ أن هبة الاطهانية لاتنفع ولا تضر الواهب إلا في وجه واحد، إذا وهب الولد ماله خيفة أن يأكله أبوه بالحاجة، ينفع الولـد في ذلك ولا ينصت إلى الأب، وإن كـانت هبته هبة التـوليج فهذا أوفـق ما أخـذ بـه وما استعملـوه، وإن كـان قيل فيهـا غير ذلك عن الشيخ أبي زكـريـاء اللالوتي أن تكـون الهبة جائزة ماضية، ولايكون في المال هبتـان ولا بيعتان، ومنها أيضـاً في الأثر: والتـوليج لاينفع بل يضر، إلا في ثـلاثة أوجـه: وذلك إن أراد أن يزوِّج ولده وأعطى مـاله هبة التوليج، ثم أعطى بعد ذلك لـولده، وأصدق الإبن فيها أعطاه أبوه فليس للمرأة شيء، ورجل أعطاه أبوه شيئاً، وكان له مال من غير أبيه، فخاف من أبيه أن يفسده فأعطاه لـرجل بالتوليج، فكل ما فعل بعد ذلك أبوه في ماله من بيع أو عتق أو غير ذلك، فلا يضر ما فعل، ورجل أراد أن يبدل زكـاة مـالـه فأعطاه الـذي تجب فيـه حتى يصل إلى يـوم أراد أن يأخـذه وقتـاً

قولـه: ومنها هبة الاطهانية لا تنفع و لا تضر، هـذا لم يتقدم على الإطلاق بل استثني منـه وجه واحد.

لزكاته أو الشهر، فيرده له الموهوب له فليأخذ وقتاً، فهذا يدل من قولهم: والتوليج لاينفع بل يضر، إلا في ثلاثة أوجه: إن ماعدا هذه الثلاثة أوجه التي ذكرنا، أن الهبة جائزة على معنى هذا القول، ومثل من وهب ماله لرجل لئلا يقع عليه الحنث فتكون الهبة جائزة، ومثل هذا مذكور في الأثر، فمن طلبه وجده فيه، والله أعلم.

وأما على قول من قال في هبة الاطمانية: لاتضر ولا تنفع، فعلى قيادة قوله ليست بشيء، وهو الذي يوجبه النظر عندي، لأنها لم تكن عن طيبة نفس، وإنما هي على صفة ما أو شرط ما، وما علق إلى شرط فهو إلى شرطه، وقد ذكر في الأثر: قال أبو سفيان: إجتمع وائل والمعتمر ابن عمارة وجماعة إلى الربيع، فسألوه أن يخرج إلى الموسم، فقال: لا أقدر وما عندي ما أتحمل به، قال: فمشوا إلى رجل من المسلمين يقال له: النضر بن ميمون، وكان من تجار الصين، وكان موسراً، فأعلموه بقوله، قال: فأتاه بأربعين ديناراً فقال له: حج بها، فلم يقبلها منه، قال: وكان به خاصاً، فجاءه وائل والمعتمر فقالا له: سبحان الله يا أبا عمرو تعلم حاجة الناس إليك وكنت اعتللت بأنك لاتجد ما تتحمل به، فلما جاءك الله بما تتسع فيه أبيت أن تقبله، قال: فأعلموه بما كره من قوله، فاعتذر وقال: والله ما علمت أنه يكره ذلك، والآن خذوها أنتم واذهبوا بها إليه، قال: فأبى أن يقبلها بعد ذلك، والأصل في هذا كل ما علِّق لسبب، فهو إلى ما علق إليه، والله أعلم.

فصـــــــــل

ثم إن الهبة أيضـاً تنقسم قسمين : منها ماهـي هبة عين ، وهي التي ذكرنـاها على أنواعها ، ومنها مـاهي هبة منفعة ، أما هبة المنافع فمنهـا مؤجلة وهي تسمى عارية ومنحـة وما أشبه ذلك . ومنها مـا يشترط فيها ما بقيت حيـاة الموهوب له ، وهذه تسمى العمرى ، مثل أن يهب لرجل سكناً داره حياته ، وقد اختلف العلماء فيها .

وفي الأثــر: قلت : فأخبرني عـن العمـرى والـرقبـى والسكنى ، قـال ابن عبـدالعزيـز: إن كان معنى الـرقبى على معنى العمرى أن يقـول : أعمرتك هـذه الدار حيـاتك ، فهي لك عمرى ولك رقبى ولك سكنـى ، على أنها لك حياتك ، فقد قال أبو عبيدة : رفع ذلك إلى جابر وإلى ابن عباس ، أنه من عمَّر شيئاً فهو له ولورثته من بعده ، قال ابن عبدالعـزيز: وكان غيره من الفقهاء لايجيز ذلك ولايراه للورثة من بعـده ، وكان إبراهيم ممن يقول : العمرى إذا مات الـذي أعمرها فهي راجعة ، إلا أن يقول : هي لك ولعقبك ، وقول إبـراهيم أعدل عندي ، قلت له :

فصـــــــل :

قوله : ومنحة ، أي كمنحة ذات اللبن .

قوله : وكان غيره من الفقهاء ، فيه أن الجمهـور على إجازة ذلك عملاً بالحديث ولا عبرة بكلام ابن عبـدالعزيز وابـراهيم هذا كما بينـه شراح الحديث لأن الحديث إذا ورد من طريق العـدول وجب العمل به ، والله أعلم .

أرأيتك تأخذ بقوله في كثير، وتختار قوله على قول من هو أكبر منه وأفضل عندنا؟ قال : ومن هـو؟ قلت : أبو عبيدة، قال : الإنصاف والحق قبـول الحق، ممن جاء به، والأمر القـوي الذي لادخل فيه ولا خلل، ليس كغيره ممن يدخـل فيه الوهن والضعف، قلت : وأي قوة أقـوى من قول أبي عبيدة وغيره من أصحـابنا، حيث قال : إنـه قوة أقوى من قول أبي عبيـدة وغيره من أصحابنا، حيث قـال : إنه من عُمِّر أرضـاً فهي له ولعقبه من بعـده؟ قال : وأي قـوة في هذا؟ قلت : لأن سبيل العمرى سبيل المواريث، قـال : ليس لك في هذا من القـوة شيء، إلا أن تقول : هكذا قالـوا، فأما القياس فلا تكلم فيـه أهله، فيسخرون منك وتبين لهم ضعف مقالتك، قلت : فكيف يكـون هذا وهْناً وضعفاً؟ وقد قـال رسول الله ﷺ : (من عُمِّر شيئاً فهو له، حياته وبعد مماته) [1]، قال لي : يا عاجز لو اتفق الناس على هذا الحديث، لم يجاوزه أحد من الفقهاء بالقياس فيه ولا الرغبة عنه، لأنه كل ما كـان من رسول الله ﷺ لا لأحـد ينبغي أن يخالف فيه، قلت : وأي قـوة أعجبك من قول ابراهيم في هذا، إذا كان ذلك رأياً عنه، ولم يكن أمراً مجتمعاً عليه؟ قال : أعجبني أنه يقول : إنما أعطيته للرجل حياته، ولم أجعلها لعقبه من بعده، فكيف يكـون لهم مـالم أجعل لهم إليـه سبيـل بعطـاء، وإنما أعطيتـه على جهـة

قـوله : لـو اتفق النـاس على هـذا الحديث، أقول : ليس من شرط العمـل بالحديث الاتفـاق عليه، لأن رواية الآحاد توجب العمل، وإن كانت لاتوجب العلم.

---

(١) رواه الدارقطني.

العارية، والدليل على قولي أنها عارية، استثنائي أنها لك حياتك، ولم أجعلها له بعد مماته، فكيف يكون هذا عدلاً عندك، ان يجعلها له حياته، فيموت فلا تنفصم تلك العطية وترجع إلى ورثته بلا إعطاء من صاحبها الذي أعمرها، ولا هبة، هذا ما لايجوز وما لايمكن له أن يكون هذا كما وصفت، إلا أن يكون فيه أثر عن النبي ﷺ فيلزم الأثر فلا نقيس عليه، فأما إن كان من الفقهاء، فالاختيار قول ابراهيم، قلت: وكذلك الرقبى والسكنى؟ قال: نعم، إذا كان معناها معنى العمرى، قلت: إن هؤلاء يفرقون بينهم فرقاً ولا يجعلون الرقبى والسكنى كالعمرى، قال: ما أراه إلا واحداً، إلا أن يكون لهم تفسير يصلحونه ويوضحونه على غير معنى العمرى، والله أعلم.

وفي معنى هذا أيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (أيما رجل عُمِّر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي يُعطاها أبداً).

وفي الأثر أيضاً في معنى ما ذكرنا: وإذا قال رجل لرجل: أوصيت لك سكنى هذه الدار حتى أموت، فليسكنها حتى يمت ثم ترجع إلى ورثة الميت، وأما رجل قال لرجل: أسكن هذه الدار حتى تموت، فليسكنها حتى يموت من غير وصية، ثم ترجع بعد موته إلى صاحبها، ومنهم من يقول: هي لورثته بعد موته، وإن قال له: أسكن هذه الدار حتى أموت أنا، فله سكناها حتى يموت صاحبها، ثم ترجع إلى ورثته، وإن مات أيضاً الذي أُذن له قبل موت صاحب الدار، فلا يجد ورثة المأذون له سكناها حتى يموت صاحبها.

وأما التي تسمى عارية، فهي جائزة بالسنَّة، والسبب في ذلك، أن النبي ﷺ

(سأل صفوان بن أمية أن يعيره سلاحه فأبى عليه، فقال ﷺ: عارية مضمونة مؤداة)[1]، فاختلف الناس في قول النبي ﷺ مضمونة مؤداة، قال بعض: ليس في قول النبي ﷺ عارية مضمونة مؤداة ما يجب الضمان، لأنها أمانة، وأنه لايملكها، وأن عليه أن يرد الأمانة إلى صاحبها، فسبيلها كسبيل سائر الأمانات، لايلزمه فيها إلا الحفظ لها، وهذا إخبار عن التزامه بحفظها حتى يؤديها، واستعماله لها بأمر صاحبها، فإن تلفت بغير تعدٍ لم يكن ضامناً، وقال آخرون: معنى قوله ﷺ (عارية مضمونة مؤداة)، أي أنا لها ضامن حتى أؤديها لك، ولو لم تكن مضمونة بهذ القول كان فيه تغريم لصاحبه، وقال آخرون ـ وهو المأخوذ به عند أصحابنا ـ إن المستعير متى شرط لصاحب العارية ردَّها أو شرط عليه ربُّها كان لها ضامناً، وهذا القول أعدل وأشبه بظاهر السنة، وإذا لم يشترط، لم يكن عليه ضمان إلا بالتعدي فيها: لأنها لم تنتقل عن ملك ربها، وقال أبو عبدالله محمد بن بركة: وقال أصحابنا: العارية لاتكون مضمونة إلا بالتعدي، وإن اشترط صاحبها على المستعير ضمانها ضمن، وقالوا: وإن شرط صاحب الأمانة الضمان على المؤتمن لم يضمن، وكان شرطه باطل، فيجب ألا يكون في العارية ضمان، وإن شرط فيها، لأن ما أصله غير مضمون يجب أن يكون الشرط لايوجب ضمانه، كما أن أصل ما كان مضموناً لايبطل ضمانه بالشرط، واختلفوا في المضاربة إذا اشترط ربها على المضارب ضمانها، فقال أكثرهم: يصح

---

(١) رواه أحمد وابو داود .

الشرط، وليكون المال قرضاً على المضارب والـربح له، وقال بعضهم الشرط باطل والمضاربة بحالها، وهـذا القول أنظر، لأن المضاربة أمانـة في يد المضارب، وهذا القول أشبه بأصولهم في سقوط االضمان، لأنها في معنى الأمانة، والله أعلم.

وكـان شريح ممن لايرى تضمين العـاريـة إذا ضـاعت إلا بـالتعـدي فيهـا والتضييع لها، والمحفوظ من لفظه: ليس على المستعير غير الغل ضمان، ولا على المستـودع غير الغل ضمان، يعني الخائن، والأغـلال: الخيـانـة، في اللغـة عن الأصمعي وغيره.

وفي الأثـر: وإذا استعـار رجل من رجـل دابـة ليحمل عليهـا عشر مخاتيم حنطة، فحمل عليهـا خمسة عشر مختوماً، كان ضـامناً لثلث قيمة الـدَّابة في قول بعض الفقهاء، وقال بعضهم: هو ضامن لثمن الدابة كلها، وبه نأخذ، وذلك لأنـه متعدّ مـا أمـر به، وإن استعـار رجل من رجل دابـة ليحمل عليهـا طعامـاً مسمى، فحمل عليها دون ذلك فعطبت، كـان ضامناً في قـول بعض االفقهاء، لأنه خالف ما أمر به، وقـال بعضهم: لاضمان عليه، وبه نأخذ، لأن في خلافه ذلك منفعة للدابة، والله أعلم.

وإن استعارها ليحمل عليها طعاماً من بلـدة سماها إلى بلدة سماها فجاوز ما سمى، كان عليـه قيمة الـدابة، وليس عليـه كراء في قـوله بعض الفقهـاء، لأنه لايجتمع عليه عندهم القيمة والكراء، وقـال بعضهم: عليه القيمة والكراء، وبه نأخذ، لأن ملك صاحبها لم ينتقل عنها، والله أعلم.

وإن استعاره إياهـا على أن يحمل عليها شيئاً مسمى، فربطهـا في الدار فأتى

رجل أجنبي فحمل عليها ذلك الشيء بعينه فهلكت، كان المتعدي ضامناً، لأنه متعدٍّ، فعل بغير أمر مالكها.

وفي الأثـر: وإن أرسل رجل رسـولاً إلى رجل ليعير لـه دابـة، ليحمل عليهـا طعاماً من مكة إلى المدينة، فقال الرسول للمرسل إليه: فلان أرسلني إليك لتعيره دابّتك، ليحمل عليهـا طعـاماً من مكـة إلى مصر، فأعـاره إيـاها ثم حمل عليهـا الرجل إلى المدينة، لم يكن ضامناً، وإن حمل عليها طعاماً إلى مصر فهلكت، كان الرسول ضامناً لها، ولا ضمان على صاحب الطعام.

وفي الأثر: أبو محمـد الكباوي رضي الله عنه قال فيمن استأجـر من رجل دابة ومعها ولدهـا، فأفسد ولدها في أموال الناس، أن الضمان على صـاحب الدابة، وكـذلك إن أفسدت الـدابـة، وأما العـارية فعلى الـذي استعـارها، إلا إن قـال لصـاحب الدابـة: رد ولدهـا فليس عليه شيء، وقـال أبو سهل: عليـه الضمان كله، إلا إن قال له: ردّه، وأصل المسألة فيما يوجبـه النظر: كل موضع يكون فيه ضامناً للدابة إن هلكت، كان ضـامناً لجنايتها، وكل موضع لايضمنها لم يضمن جنايتها، وهذا إذا كان الهلاك من قِبَلِ غيره، والله أعلم.

وفي كتاب أبي عبـدالله: فمن أعار إنسانـاً عارية إلى وقت معلـوم، لم يكن له أخـذها قبل انقضـاء المدة من طريق الـديانـة، وعلى صاحبهـا الوفـاء للمستعير

قوله: الرجل، أي المرسل.

قولـه: وأصل المسألة الخ، هذا يدل على اختيـار قول ثالث، فإن كـلاًّ من المستأجر والمستعير لاضمان عليهما إلا بالتعدي أو بشرط الضمان، والله أعلم.

بوعده، قال الله تبارك وتعالى: ﴿يا أيها الذيـن آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [1]. وقال في موضع آخـر: ﴿لم تقولون مـالا تفعلون﴾ [2]، وقال أصحـابنا: وعلى الحاكم أن يحكم في ردِّ العـارية إذا طلبهـا، ورجع عن الشرط قبل تمامـه ويسمـونـه منافقـاً لخلفه، والنظر يوجب عندي أن الحاكم يجب أن يحكم على ربها بالوفاء للمستعير لأنه إن حكم بغير ذلك، حكم بنقض طاعـة وإلزام معصية، ولا يجب للحاكم أن يحكم إلا بما يكون طاعة، والله أعلم.

والعارية تكون في الأرضين والدور والحيـوان والمتاع وجميع ما يعرف بعينه، إذا كانت منفعة مباحة الاستعمال.

وإن أذن له أن يبني في أرضه بيتاً ويسكن فيه إلى أجل معلوم، فبنى فيها، ثم بدا لصاحب الأرض، فأخرجه قبل تمام الأجل، فإنه يعطيه عناه وقيمة النقض إن أدخله من خارج، لأنه لم يُتم له شرطـه، والنقض تابع للأرض، وأما إن لم يخرجه إلا بعد تمام الأجل، فإنـه يعطيه عناه وقيمة النقض إن أدخله مـن خارج، لأنه لم يُتم له شرطـه، والنقض تابع لـلأرض، وأما إن لم يخرجه إلا بعـد تمام الأجل، قد ذكـر في الأثر قـولان: قال بعضهم، عليـه أجر عنـاه: وقال بعض: ليس عليـه شيء.

قوله: والنقض تابع للأرض، أي فلا يهدم.

---

(1) المائدة: ١.

(2) الصف: ٢.

وأما قيمـة النقض الذي أدخله فيه، فـإنه لايدرك قيمته. وأمـا إن لم يجعل له أجلاً، فمتى ما أخرجه فله عليـه أجر عناه، وقيمة النقض إن أدخله من خارج، ففي الأثر أيضاً: وإذا أعار رجل لرجل أرضـاً يبني فيها ويسكـن، ولم يوقّت له ثم بـدا له أن يخرجـه، لم يكن لـه ذلك حتى يعطي قيمة النقض، وإذا أعـاره إلى وقت، فليس له أن يخرجـه إلا إلى ذلك الوقت، ويقول لـه: انقض بناءك، فعلى هـذا القول، أن البنـاء للمستعير وعليـه أن ينقله، إلا إن اتفقـا على ذلك، وعلى قول الآخرين، ان البناء للمعير بالشرط، وهو الأجل المذكور، والله أعلم.

وأما إن أذن لـه أن يغرس في أرضـه إلى أجل معلوم، فغـرس فيها وديـاً، فإن شرط له أن يأكل إلى أجل، وتكون الأشجـار لصاحب الأرض فهما على اتفاقهما، وإن لم يتفقا على ذلك في بدء أمرهما، فإنما تكون الودي لصاحبها وتكون له هناك في تلك الأرض، وليس عليـه نقصـان قيمة تلـك الأرض، لأنه إنما غـرس بأمـر صاحب الأرض.

وأما إن غـرس فيها الودي ممـا ليس له عروق، فمتى ما أخـرجه فله قيمـة ما غرس فيها وله أجر عناه أيضاً، وهذا إذا أذن له بغير الأجل.

قولـه: قيمة النقض، أي إذا أدخله من خـارج، كما يؤخذ مما تقـدم، ولم يتكلم على العناء في هذه الصورة، لعله لعلمه أيضاً مما تقدم.

قوله: فليس له أن يخرجه الخ، هذا هو المناسب لما خالف فيه أبو محمد أصحابنا.

قوله: ويقول له، يعني بعد تمام الوقت، وأما قبل ذلك فليس له عليه حكم.

قوله: للمعير، يعني ولا يدفع شيئاً، وقيل: يدفع العناء، والأول أظهر.

قوله: قيمة ما غرس، يعني بدليل أخذ العناء.

وأما إن أجَّل لـه أجلاً، فإذا تم الأجل وأخـرجه فـلا يدرك عليـه شيئاً، وإن أخرجه قبل الأجل، فلـه عليه أجر عناه وقيمة ما أدخل فيهـا من خارج، والفرق بين الغروس والنقض والودي، لأن الودي معين لصاحبـه لأنه له عروق، ولذلك يكون لصاحبه إذا أخرجـه صاحب الأرض، والغروس والنقض غير معينة، لأنها منتقلة عن حـالها الأول، لأنها تسمى بخلاف إسمهـا الأول، ولذلك هي تـابعة للأرض، والله أعلم.

وإن أذن أن يجوز الطريق في أرضه، فجوَّزه المأذون له وأراد بعد ذلك أن يمنعه فلا يجد ذلك، وقـد ثبت عليه، وكذلك النهـر والساقية إن جـوّز الماء بإذنه وأراد منعـه بعد ذلك فليـس له ذلك، وقـد ثبت عليـه، لأن هـذه منفعة للمأذون لـه المنفعة فقط، وكذلك إن أذن له أن يحرث في أرضـه فحرث، فلا يمنعه بعد ذلك حتى يحصد زرعـه، ولا يحل له منعـه، لأن ذلك منه ضرر قبل أن يحصـد زرعه، والضرر لايحل، وليس على المأذون لـه سبيل، وإنما يجوز لـــه المنع إذا لم يكن منـه ضرر على المأذون له، وذلك في كل منفعة لاتمنع ملك العين لصاحبها، وذلك أن يرتفقا به جميعاً، مثل ما ذكرنـا في الطريق والساقية، وكذلك إن استعار من عنده دابة ليحمل عليهـا متاعـه أو ثوباً ليلبســه أو زقّ زيت ليحمل فيه زيتـه، ثم بدا

قـوله : وإن أخـرجه قبل الأجل، هـذا مـاش على ما عليـه الأصحاب رحمهم الله، من جـواز الإخراج قبل الإخراج.

قوله : فليس له ذلك، أي إذا لم يوقت.

قوله : أن يرتفقا، أي أن ينتفعا والله أعلم.

لصاحب الشيء في شيئـه ، فإنه يأخـذ شيئه ، إن لم يـدخل الضرر على المستعير، مثل أن يلقـاه في الصحراء وليس عنـده ما يرفـع عليه متـاعه ، وليس عنـده ثوب يستره غير ثوبه ذلك ، وليس عنده ما يحمل فيـه زيته فإنه لايدرك عليه شيئه حتى يصيب أين يجعل زيته ومـا يحمل عليه متـاعه أو ثوبـاً يستره ولا يلجئه إلى ضرر، والضرر لايحل ، لأنه غير متعدّ .

وأما إن سرق له ثوبه فوجده قد لبسه ، فإنه ينزعه ويتركه عرياناً ولو كان ذلك في وسط الناس ، وكـذلك زقه وخابيتـه إذا وجده قـد جعل فيه زيته أو لبنـه فإنه يهريق له ذلك ، ويأخذ متاعه .

وأمـا إن باع السـارق ذلك الثوب أو الخابيـة لـرجل آخر على وجـه الحلال ، فوجـدهم صاحبهم عنـد المشتري ، فإن لاينزعهم لـه ، ولكنه يتركـه يلبس الثوب ويحمل زيته حتى يجد ما يلبس وما يضع فيه زيته أو لبنه ويجتهد في ذلك ، ولكن يكون عليه عناء ما استعمل بعدما وجدهم صاحبهم ، والله أعلم .

وفي الأثر: وعن قوم طلبو ا رجـلاً يأذن لهم أن يبنوا قصراً في موضع له ، فأذن لهم فيـه ، ثم بنـوا قليـلاً فمنعهم ، فهل يـرفعـون؟ قـال الشيخ : إن بنـوا مقـدار البيوت ، بنـوا ما شـاءوا في العلو ولا يشتغلون بنهيـه ، وإن لم يبنوا مقـدار البيوت فليتركوا ، وقال أبو الربيع : إذا بنوا شيئاً أو بنوا من بعضه ، فإنهم يبنون ما أرادوا ، وهذا إذا كـان النقض من خارج ، وأما إذا كـان من داخل ، ولو أتموه كلـه ، فإنه يخرجهم ويعطيهم عناءهم وقيمة ما أدخلوه من خارج في قول أبي الربيع رحمه الله والله أعلم .

قد كمل كتاب الهبة بحمد الله وحسن عونه .

كتاب الوصايـــــــا

باب في الوصايا

والوصية للأقرب واجبة على كل إنسـان بالغ صحيح العقل. إذا كان له مال يـوصى به، والـدليل على وجـوب ذلك، قول الله عـز وجل: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الـوصية للوالدين والأقربين بـالمعروف حقاً على المتقين﴾[1]، والخير ها هنا المال، فلما بيَّن الله في سورة النسـاء ميراث الوالدين، فكانت وصيتهما منسوخة وثبتت وصيـة الأقربين على حالها، ومن مات ولم يوص فقد روي عـن ابن عباس رضي الله عنـه أنه قال: (مـن مات ولم يوص فقـد ختم عمله بمعصية)[2]، ففي الأثر: ولا يقال، ختم عمله بمعصية إلا من مات على كبيرة.

وفي الأثر عن أبي المؤثر: إذا ترك الميت مالاً أكثـر ما يقول المسلمون إن الوصية فيه واجبـة، ثـم لم يـوص لقرابته عمـداً، فأهون مـا أفعل معـه، ألاَّ أتولاَّه، وإنما

باب في الوصـــــايا

قوله: ثم لم يوص، الظاهر أنه معطوف على قولـه، ترك، وجملة قوله: أكثر، الظاهر أنها صفة مال، والله أعلم.

---

(١) البقرة: ١٨.

(٢) رواه أحمد.

قيل، الوصية للأقرب فريضة، لأنه لا يوصل إلى إنفاذها إلا بعد موته، وإن أعطاها وهو حي فلا يجزئه، وأما غير ذلك من التباعات، فإنه يمكنه الانتصال منها في حياته، حتى لايحتاج إلى أن يوصي بها، فإن لم يفعل جعلوا له مخرجاً أن يوصي بها فيبرأ إذا أنفذها الوصي أو الوارث بعده، فإن لم يفعل الوصي أو الوارث أو غيرهما ممن ينفذ ذلك عنه، فيكون ذلك ديناً عليه ولا يحكم عليه بالعصيان مثل من لم يوص بها؛ وإثم ذلك على الذين يبدّلونه لقوله عز وجل: ﴿فمن بدّله بعدما سمعه، فإنما إثمه على الذين يبدّلونه﴾[1]، ولا يتوجه قوله بعدما سمعه، إلا إلى المبدلين، لا إلى المؤمنين المجتهدين، وكذلك قوله : ﴿فإنما إثمه على الذين يبدّلونه﴾ وإنما من حروف الحصر عند أهل اللسان.

وروي أنه قال عليه السلام: (ما يحق لامرىء يؤمن بالله وباليوم الآخر أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه) [2]، فعلى الناس امتثال ما أصابوه مكتوباً عند رأسه، ولو لم يكن هذا نافعاً لما نوّه رسول الله ﷺ به، ودلّ عليه وأوجبه.

وهذه الحقوق التي تجب عليه الوصية بها، ويكون هالكاً إذا ترك الوصية بها، مثل إذا ترك الوصية بالزكاة إذا وجبت عليه أو الحج إذا وجب عليه أو جميع ما كان عليه من أموال الناس بالتعدي.

وأما المعاملات والأمانات، فإذا كانت الشهادة عليها فلا يحكم عليه

---

(1) رواه البيهقي والترمذي.

بالعصيان إن لم يوص بها، وأما إن لم تكن عليه الشهادة، ولم يعلم بها ففيها اختلاف، منهم من يقول: يهلك بذلك، ومنهم من يقول: لا يحكم عليه بالهلاك وأمره إلى الله، ومن قال: بهلاكه لأن ترك الوصية عنده عمداً بمنزلة الجحود لما عليه، والجاحد لما عليه كافر، وكذلك من ادَّعى ما ليس له، لقوله عليه السلام: (المدعي ما ليس له، والمنكر لما عليه كافران) [1]، وعلى قول الآخرين: لايهلك ما لم يجحدهما، لأنه إنما أخذها بطيبة نفس أربابها فلا يهلك مالم يجحدها، ويدل على ذلك أيضاً أن أرباب الأموال يدركونها على الورثة، ولو لم يوص بها إذا كانت لها بينّة، والوجه الأول لايلزم الورثة إذا لم يوص بها.

وأما الحقوق التي بينه وبين الله، من المغلظات والكفارات والعتق والأموال التي لاتنسب لأحد من الناس، من وجوه الأجر كلها والمسكنة، إن لم يتنصل من ذلك في حياته حتى مات ولم يوص بها فقد عصى ربه، وقيل: إن أمره إلى الله إذا ترك الوصية بمثل هذا كله فلا يحكم عليه بالعصيان، والله أعلم.

ولايسعه نسيان الوصية للأقرب، ولا نسيان الوصية بالحج والزكاة عند بعضهم، لأن ذلك تضييع منه، وكذلك نسيان التعدي وجميع المعاملات عند بعضهم، لأنه ركب ماهو محظور عليه، ثم سوَّف التوبة حتى نسي، فقال الله تعالى: ﴿ثم يتوبون من قريب، فأُولئك يتوب الله عليهم﴾ [2]، وفي كتاب الضياء: مسألة، وقلتم إنكم وجدتم في الأثر فيمن توانى بالتوبة حتى نسي،

---

(١) تقدم ذكره.

(٢) النساء: ١٧.

وكان يلـزمه في ذلك الـذنب حق لله أو للعبـاد يجب عليه قضـاؤه، ثم تـاب واستغفر في الجملـة أنه غير معـذور، لأنه ركب ما كـان محظوراً عليـه، ثم سوّف التوبة حتى نسي، قال الله تعـالى: ﴿ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون﴾ [1]، فإنما ذمهم بالإصرار مع العلم لا النسيـان، لأنه قال: ﴿لا تؤاخـذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾، وقال النبي ﷺ، (رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان) [2]، وأني أرجو أني سمعت محمـد بن الحسن النـزوي يقـول: أحب أن أنسى ذنـوبي، وكـان فقيهـاً زاهـداً، وأرجو أن الشيخ كـان يقـول: إن التـائب من جميع ذنوبـه وعليـه ذنب لايعرفه أنه أذنبـه حتى يعلم أن عليه ذنباً لا يتوب منه، قـال الله تعالى في التوبة: ﴿ثم يتوبـون من قريب﴾، قيل قـريب، قبل أن ينزل بأحـدهم الموت قال: إني تبت الآن، وقال ﷺ في قوله تعـالى: ﴿حتى إذا حضر أحدهم الموت، قال: إني تبت الآن﴾، (إن الله يقبل تـوبـة عبده، مـالم يغـرغر بـالموت) [3]، فكل تائب مقبـولـة توبتـه منـه فيما علمـه ومالم يعلمـه إذا تـاب من كل ذنب، وكـان ذلك اعتقاده، لأنـه إن علم بذلك خـرج منه، ألا تـرى إلى قولهم في المحـرم إذا قال: أستغفر الله من جميـع ذنوبي أجزأه، والمستحيل حتـى يتوب من جميع ذنـوبه التي يعلمها بعينها، ولو كان من نسي من ذنوبه، ثم تاب كان غير معذور، وكل هذا لايخرج طبع ابن آدم منه ولم يسلم أحد منه، إلا من شـاء الله، لأن الناس يركبون

قوله: حتى يعلم، لعله لايؤاخذه أو يعفو عنه، أو نحو ذلك.

---

(١) آل عمران: ١٣٥.

(٢) تقدم ذكره.

(٣) رواه ابن ماجه والدارقطني.

الذنوب وينسون ذلك، قاال الله تعالى : ﴿ولقد عهدنا إلى آدم من قبل، فنسي ولم نجد له عزماً﴾ [1] ، فالعبيد على طبع أبيهم في النسيان، إلا أن العبد لايؤمر بترك التوبة والتسويف حتى ينسى، بل عليه التوبة في كل حال وفي كل وقت، فإن أصرَّ، هلك قال الله تعالى : ﴿ولم يصرُّوا على مافعلوا وهم يعلمون﴾، والله أعلم.

وسواء في هذا، ما وجب عليه بفعله أو وجب عليه بفعل غيره، مثل الوارث إذا وجب عليه شيء من ذلك، فأوصى به أن ينفذ أو وجب عليه بالخلافة على وصية غيره أو بالوكالة، سواء في هذا الوارث وغيره، إذا إنتهى إليه وجوب ذلك بعد موت الموصى به والموكل له، فيكون بمنزلته في إنفاذ جميع ذلك في حياته، والوصية به إذا حضره الموت، ومن ترك الوصية به بالعمد أو بالنسيان على ماذكرنا في االأول نسقاً بنسق، والله أعلم.

ولا يجزىء عن الميت ما يردّه الأقرب عن الأجنبي لوصية الأقرب، ولا ما يأخذه من الوصايا التي ترجع إلى الأقرب، إذا لم يعرف لها مذهباً، إذا لم يخصه بوصية، وذلك أن وصية الأقرب فريضة، ولا يصحُّ أداء الفرض إلا بقصد إليه، وقال بعضهم : بل يجزىء عليه فما ذكرنا في الوجهين جميعاً، وينقذه ذلك من الهلاك، ولا يكون بمنزلة من لم يوص به، فعلى قولهم هذا، أن الفرض يصح

قوله : معذور، ولكن الظاهر أن الجواب محذوف، مدلول عليه بالكلام السابق، تقديره مثلاً، لم يصح قولهم في المحرِم إذ قال والله أعلم.

---

(١) سورة طه : ١١٥ .

بغير نية، والقول الأول أصح لقوله عليه السلام: (إنما الأعمال بالنيات)، وكذلك إن أوصى لبعض أقاربه دون بعض، فلا يجزئه ذلك لقوله عز وجل: ﴿والأقربين﴾، وقيل فيه: بأنه لايكون مثل من لم يوص به، وكذلك أيضاً إن قصده بالوصية على أنه ليس بالأقرب، فصح أنه الأقرب، أو قصده ولم يعلم أنه أقرب أو غير أقرب فهو على هذا المعنى، والذي يجب عليه أن يقصد بوصيته قرابته هكذا لأنه فرض، والفرض لايصح إلا بالقصد.

وفي الأثر: وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله في أنَّ من قال: قد أوصيت لقرابتي، أنها وصية صحيحة، وإذا قال: للأقربين، فعند بعضهم أنها ضعيفة.

وفي الأثر: وإنما يوصي الموصي للاقربين هكذا، ويطلق الوصية عليهم ويأخذها الأقرب الذي كان قريباً عند موت الميت، سواء كان في ذلك من كان قريباً في حين الوصية، ومن حدث بعد ذلك.

وإنما قلنا: يوصي للأقرب، هكذا لئلا يوصي لرجل معروف ويقصده بالوصية وهو يظن أنه أقربي له، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب، أو يموت ذلك الرجل فيصير أقربه غيره، فعليه أن يستأنف الوصية للأقرب إذا مات الأقرب الأول الذي قصده بالوصية أو ارتد أو حدث من هو أقربي دونه.

وإن مات ولم يعلم شيئاً من هذا، ولم يتعمد لتبديل الوصية، فعسى أن لايكون عليه بأس، وكذلك إن أوصى بجميع ما يجب عليه أن يوصي به من انتصال أموال الناس أو الاحتياط أو الكفارات وجميع ما عليه، إذا أوصى بذلك للأقرب، أو أوصى أن ينفذ ذلك على الأقرب فلا تجزئه تلك الوصية للاقرب

لأنهما فريضتان، وإن أوصى لـلاقرب بشيء معلـوم فإذا هو ليس فيـه شيء، أو أوصى بشيء معلوم فتلف ولم يعلم بهذا كلـه حتى مات أو ما أشبـه هذا، فليس عليه شيء لقولـه عليه السلام: (رفع عن أُمتي الخطأ والنسيـان وما لم يستطيعوا، وما أُكرهوا عليـه)، وتجب عليه الوصية للاقرب سـواء كان الأقرب غنياً أو فقيراً، لأن وصية الأقرب كـالميراث، وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن لـه مال فلا تجب عليـه وصية الأقـرب إلا من باب الاحتيـاط، عسى أن يكـون له مـال من حيث لايعلم، والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [1]، والخير هـا هنا المال، وكـذلك إن لم يعلم لنفسـه قريبـاً فليوص، فلعله يكون من حيث لايعلم، وليس مضيقاً عليه كما تضيق عند من له قريب معروف.

وأما ما عليه من التبعات، فعليه أن يوصي بها، سواء كان له مال أو لم يكن، لأن الوصية توبة، والتوبة واجبة عليه على كل حال، والله أعلم.

وإذا أراد الـرجل أن يكتب وصيته فليقل: هـذا ما أوصى بـه فلان ابن فـلان الفلاني في صحة من عقلـه وجواز من أمره: أوصى وهو ممـن يشهد أن لا إلّه إلا الله وحده لاشريك له، وأن محمداً عبده ورسولـه، وما جاء به محمد ﷺ هو الحق من عند الله وأوصى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وبرّ الوالدين أبراراً كانا أو فجاراً، وصلة الرحم، وحق الجار، وما ملكت اليمين، والقيام بالحق، وأن يطاع الله ولا يعصى، وأن يـذكر ولا ينسى، ثم يـوصي للاقـرب وما عليه مـن تبعات

(١) تقدم ذكرها، البقرة: ١٨٠.

الناس، ومـا يجب عليه فيما بينه وبين الله، مثل الزكـاة والحج والعتق والكفارات وما أشبه ذلك، ثم يوصي بها أراد أن يوصي به ولا حتياط ما عليه مما لم يتيقن به.

وإن أراد أن يوصي بعد ذلك للتطوع فيما دون ثلث ماله فليفعل وليكتب اسم الخليفـة والشهـود ويحث عليه ويجعلهـا في يـد أمين وحيث لايخاف تلفهـا، وإن مات هذا الوصي فليبدءوا من ماله بالكفن ثم الديون ثم الوصية ثم الميراث، وإن مات ولم يوص فليس على الورثة شيء إلا ما علموا به من تباعات الناس، فعليهم أن يعطوها لأربابها والباقي فليأكله الورثة هنيئاً مريئاً، فليس عليهم منه شيء إلا إن كان مـورثهـم يدين بـالوصيـة وهو من أهل الصلاح، ثـم فاجأه الموت قبل أن يوصي ينبغي لهم أن ينفقوا عليه شيئاً من ماله.

وفي الأثر: وعن بعض علمائنا رحمهم الله، أن امـرأته ماتت ولم توص فسم لها وصية، فسئل، فقال: إنها كانت تدين بها قبل هذا؟

وفي الأثر أيضاً مثل هذا عن جابر بن زيد عن عائشة أنها قالت: (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقـال: يارسـول الله إن أُمي أفلتت نفسها، وأراهـا لو تكلمت تصدقت، أفأتصـدق عنها؟ فقـال له رسول الله ﷺ: تصـدَّق عنها) [1]، فدل هذا من قولهم أن الذي يدين بالتوبة تائب وينفعه ذلك، والله أعلم.

قولـه: فيما دون ثلث ماله الخ، فيـه إشارة إلى أن ما تقدم يخرج من رأس المال وقـد ذكر في أول كتاب الزكاة في ذلك قولين.

قوله: أفلتت نفسها، أي افلتت فجأة.

---

(١) رواه البيهقي وابو داود.

فإذا ثبت فرض الوصية كما ذكرنا فإنا نبتدىء إن شاء الله بالموصي، أعني من تجوز وصيته وما يتعلق به من المسائل، ثم بالموصى به، أعني معرفة الشيء الذي تجوز فيه الوصية ثم بالموصى له، أعني من تجوز له الوصية ومن لاتجوز، وأنواع الوصية بأحكامها إن شاء الله.

قوله: تجوز فيه الوصية، في نسخة تصح.

باب من تجوز وصيته ومن لاتجوز

فقد اتفقوا أنه تجوز وصية كل بالغ صحيح العقل، ذكراً كان أو أنثى، موحِّداً كان أو مشركاً، لأن أصل الوصية الهبة، فكل من تصح هبته، تصح الوصية منه، ولا تجوز وصية العبد إلا بإذن سيده، لأنه لايملك شيئاً وهو مملوك لسيده، فلا تصح إلاَّ بإذن سيده، ووصية الطفل أو المجنون لاتجوز كما لاتجوز أفعالهم، وقيل في وصية المراهق أنها جائزة، وأما السكران إن لم يكن معه شيء من عقله فلا تجوز وصيته، وإن كان معه عقله فوصيته جائزة، وتجوز وصية من ذكرنا جوازها منها صحيحاً أو مريضاً، واختلفوا فيما سواها من الأفعال للمريض.

وفي الأثر: وقد قالوا: لا يجوز من أفعال المريض غير ماقال الله في كتابه: ﴿من بعد وصيةٍ يوصي بها أو دين﴾ [1]، يقول بالدّين في قول من قال: فعند هؤلاء أن المريض كالمحجور عليه ماله إلا فيما قال الله في الوصية والدين واستدلوا أيضاً بقول أبي بكر رضي الله عنه حين حضرته الوفاة لعائشة وقد وهب لها جذاذ عشرين وسقا تمراً فلم تقبضه حتى حضرته الوفاة، فقال لها: إنك لم تقبضيه وهو اليوم مال الورثة، فدلَّ ذلك أن فعل المريض ليس جوازه كجواز الصحيح في البيع وغيره.

وفي رواية أن أبا بكر الصديق قال لعائشة: بنيَّتي، وددت لو أنك قبضتيه وهو اليوم مال الوارث.

---

(١) تقدم ذكرها.

فإن باع أو وهب فعلى الورثة أن يتمُّوا ذلك إن شاءوا أو ينقضوه ويعطوا ثمن المال الذي باعه إن كان قبض الثمن، أو قيمة المال الذي قضاه بحق عليه لمن قضاه إياه.

وقال بعضهم: كل ما أخرجه المريض من مالٍ بغير عوضمثل هبته وإباحته وتبرئته من التباعات التي تكون له على الناس وما تصدق به إذا مات في مرضه الذي مات فيه فذلك كله من الثلث بمنزلة الوصية، وقياساً عليها، ويعضد ذلك قوله عليه السلام: (جعل الله لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم) [1]، فجائز تصرُّفه فيما جعله الله له، وهذا لغير الوارث.

وأما الوارث فلا يجوز له من ذلك شيء، لأنه لا وصية لوارث إلا إن برىء من مرضه فيجوز جميع أفعاله في مرضه لوارث كان أو لغيره، لأن ما كان عندهم ضعيفاً بالمرض كان قوياً بالصحة.

ومنهم من يقول: إن أعطى جميع ماله في مرضه لأجنبي، فبرىء من مرضه فإنه يرد من ماله مثل ما ترد الورثة والأقربون، وإن أعطى للاقرب فإنه يرد منه الثلثين، وإن أعطاه لوارث فإنه يرده كله، فعلى هذا القول إنه لايجوز له من ذلك إلا ما يجوز له بعد موته.

وفي الأثر: وما تحمَّل به المريض في مرضه فهو من الكل، ومنهم من يقول:

قوله: وما تحمل به المريض، بدليل آخر الكلام.

---

(١) رواه النسائي وابو داود والترمذي.

هو من الثلث، لأن هذا معـروف، ومعروف المريض من الثلث، وإن تحمل على الوارث أو تحمل للوارث فذلك جـائز ومنهم من يقول: إن تحمل للوارث فجائز، وإن تحمل الـوارث فـلا يجوز، ومنهم من يقـول: لايجوز في الـوجهين جميعـاً، والأصل في هـذه المسألة: هل هي بمنـزلـة الوصيـة أم لا؟ والذي يـوجبه النظـر عنـدي أن حمالة المريض ليست بمنـزلة الـوصية، لأنها تتضمن العـوض، أعني يدرك على المتحمل عليه ما أعطى للمتحمل له، والله أعلم.

وفي الأثر: وإن أذن لمن يستنفع من مالـه في مرضه، فذلك جـائز وما أنفذ في مرضـه من وصايـاه وما أعطى على نفسه للفقـراء، وما ذهب من مـاله كلـه لأمر آخـرته فهـو جائز ولا ينظـر فيه إلى الثلث، وهـذا القول يـدل من قائلـه أن ذلك جائز، لأنه غير متهم في ذلـك على الورثة، لأنه أذهبه في مـوضع لايتهم فيه، ألا ترى أن أذهبه في وجه لايفهم منه أنه يريد بذلك عوضاً، والله أعلم.

وأما بيع المريض إذا باع بالقيمة أو اشترى فجائز.

وكذلك ما قضى بـه المريض دينه الذي عليه، أو ماقضى بـه في دينه فجائز، إلا إن بـاع أو اشترى بالاسترخـاص أو الاستغلاء فكـل مابـاع بالاسترخـاص أو اشترى بـالاستغلاء ثم مـات، فإن كان للـوارث فلا يجوز، وإن كـان لغير وارث فجائز له ذلك مادون الثلث، لأن ذلك وصية من الميت، ويرد الورثة من ذلك ما فوق الثلث، فإن كـان ذلك مما يكال أو يوزن، فيرده بالكيـل أو الوزن، وإن كان ذلك مما لايكال ولا يوزن فليردوا قيمتـه، وإن كان أصلاً فليردوه بالتسمية، وإن ذهب ذلك من يد المشتري أو البائع فهو ضامن لما هو أكثر من الثلث.

ومنهم من يقول: إنما يرد منهم الورثة القيمة في ذلك كله، ذهب من أيديهم أو لم يذهب، وقال بعضهم: بالفرق أيضاً في ذلك، أعني أن للوارث ما يقابل ماله ويرد البقية على الورثة، والأقارب، والأجانب يردون بالقيمة فيما زاد من الثلث، وهذا في الأصل، وقيمة الأصل عنده، ومنهم من يقول: إذا باع المريض جاز بيعه، استرخص فيه أو استغلى بالشراء لوارث أو غير وارث، فلعل هؤلاء لم يراعوا الغبن المنهي عنه، والله أعلم.

والمريض الذي يلزم أن تكون أفعاله من الثلث، هو كل مريض لزم الفراش ويزوره الناس، ورجعت حوائجه إلى الناس من الدخول والخروج بنفسه، ولم يقدر عليها، وكذلك الأحوال المخوفة منه الموت سواء مثل الحامل إذا ضربها الطلق للولادة، أو المحدود إذا مسه ألم الضرب، والغازي إذا تراءت الجيوش، وراكب السفينة إذا دخلها الإنعطاب والانكسار، والذي لزمه القتل إذا حضر أمر القتل والقود، وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت، ومن العلماء من يقول: في الحبلى إذا تبين حملها فأفعالها من الثلث، أو دخلت شهرها في قول بعضهم.

وكذلك صاحب السفينة في قول بعضهم: من حين دخل البحر أفعاله من الثلث.

وكذلك المجروح الذي جرح الجراحات، التي يتوهم منها الموت أفعاله من الثلث.

قوله: ويرد البقية على الورثة، في نسخة على الورثة بالقيمة، وهي الصحيحة.

قوله: وقيمة الاصل عنده في نسخة، وعليه القيمة عنده، وهي الصحيحة.

قوله: القيمة، يعني ولايرد بالتسمية.

وكذلك من طـرده، من أراد قتله أو العطشان أو الجائع أو الـذي غلب عليه البرد إذا بلغ الحد الذي يخاف منه التلف على نفسه، أفعاله من الثلث.

وكذلك من حمل السيل أو السبع أو المتردي من الجبل، أو من وقع في البئر أو أحاط به الحريق، أفعاله من الثلث.

وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت، والله أعلم.

وأما الأمـراض المزمنة، مثل صاحب الفالج والمقعـد والشيخ الهرم، فأفعالهم من الكلّ مـا دامت عقولهم صحيحـة، وكذلك المبطـون والمجذوم إذا انعقـدت عللهما.

باب ما تجوز به الوصية

أعني النظر إلى جنس الموصى به وقدره

أمـا جنسه، فإنهم اتفقـوا على جـواز الـوصية بـرقـاب الأموال، واختلفـوا في المنافع، ورقاب الأموال على وجهين: معلوم ومجهول، فالمعلوم منها على وجهين: معيَّن وغير معين، فالمعين مثل أن يوصي بفدان معروف من ماله أن يخرج منه كذا وكذا، لشيء يسميـه لوصيته، أو أوصى أن يتصدق عليـه ذلك الشيء بعينه إذا كـان يكال أو يـوزن أو بثمنـه في غير المكيل والموزون، ومثل ذلك الـدار والدَّابـة والثوب وما أشبه ذلك من كل شيء معين مقصـود إليه، وهو أيضاً على وجهين: معلوم بـالمشاهدة ومعلوم بـالصفة، وهو أَن يكـون في وقت الوصية غائبـاً، لكنه موجود، وغير المعيَّـن أن يوصي بكذا أو كذا درهماً أو دينـاراً أو بشيء معروف ما يكال أو يوزن إذا أوصى بهذا كله أن يخرج من مـاله، أو من شيء مسمى من ماله بعد موته، لشيء يسميه من وصيته فهو جائز، وكذلك جميع ما كان له من الديون في ذمة الغير على هذا الحال، سـواء في هذا الذي ذكرنـا من المقصود، الشيء كله أو تسمية منه.

والمجهول، ماليس بمقصـود إليه بالمشاهدة ولابصفة معلـومة، ولكن مايقع عليه اسم ذلك الشيء هكذا.

قوله: وثمنه في غير المكيل والموزون، يعني إذا لم يكن الموصي بذلك معينا.

وهو أيضاً على وجهين: منفصل ومتصل، فالمنفصل مثل أن يوصي بشاة من غنمه أو بقرة من بقره أو جمل من جماله، ومن المتاع مثل ثوب من ثيابه أو قميص من قمصه أو سيف من سيوفه، ومن الأصول مثل نخلة من نخلـه أو زيتونة من زياتينـه، ومثل قصعة وقُلَّـة وغيرهما من الأني، ومن النقض مثل حجـرة وخشبة وبـاب وسلسلة، ومن الحب مثل القمح والشعير، وسـواء في هذا الشيء كلـه أو تسمية منه.

قال بعض: يأخذ من ذلك الأوسط، وقـال بعض: يأخذ مالا عيب فيه من ذلك، وقال بعض: يأخذ من ذلك مايقع عليه الاسم.

فإن قال قائل: فكيف تصح الوصيـة بشيء مجهول والوصية واجبة، ولايصح الواجب إلا معلوماً محدوداً؟

قيل له: التحديد قد وقع وهو ثلث المال، فجعل له التخيير فيها حد، وله أن يوصي به، وله أن يوصي ببعضه.

والواجب أن يكون على وجـوه، فمنه ما يخير فيه المأمور ويطـالب باستحقاق الاسم، فإذا استحق الاسم خرج من العبادة، ومنه مـا يكون معيناً، ولذلك جاز ما ذكرنا في الوصية.

وأما المتصـل مثل أن يوصى لـه برأس هـذه الشاة أو رجلهـا أو بجلدهـا فلا تجوز، لأنها مجهولة غير منفصلة، والله أعلم.

قوله: مثل القمح، أي كله أو كيل منه.

وأما الوصية بـالمنافع ، فقد اختلفوا فيها كما ذكرنـا ، فمن أجازها ذهب بها إلى معنى الأمـوال، ومن لم يجوِّزهـا فلأنها معـدومـة ، ولا تصح الوصيـة في شيء غير متملّك، أصل ذلك إذا أوصى بمال الغير، وعند الآخـرين تجوز الوصية بـالمعدوم بشرط وجوده، والمنافع التي ذكرنا مثل غلة الأشجار وسكنى الدار وخدمة العبيد والدواب والغروس والبناء في الأرضين .

وفي الأثر: وإذا أوصى رجل لرجل بثمار فدانه عشر سنين أو سكنى داره عشر سنين فمات ، فليس في ذلك ما يحكمه الحاكم ، وعلى الـورثة أن يوصلوا ذلك فيما بينهم وبين الله ، إذا وسعه الثلث فله ما ذكـرنا من السكنى أو الخدمة وأكل الثمار في العشر سنين التي تلي مـوت الميت ، وإن لم يكن في ذلك الفـدان ثمار في العشر سنين التي تلي موت الميت أو في بعضها ، فليس له بعد العشرة شيء .

وكذلك إن ترك خدمة العبد أو سكنى الـدار أيضاً أو أخذوا منه أو منعوا منه بغير سبب الـورثـة ، فليس له فيما بعـد العشر سنين التي تلي مـوت الميت شيء ، وفيها قول آخر: إذا لم يسم الميت تلك السنين التي تلي موته ، وإن سماها فليس له بعدهـا شيء ، بلا خـلاف احفظه فيها ، وأمـا إن منعه الورثـة ما ذكـرنا في العشر سنين التي تلي مـوت الميت ، فهي لـه في عشر أخرى بعـد ذلك ، وانظـر في الثمار لأنها عليهم ديْن ، والله أعلم .

وإن أوصى بما ذكرنا من المنافع بغير الأجل ، فقد ذكر فيه الاختلاف بينهـم .

قوله : وانظر في الثمار، يعني هذا في خدمة العبيد ، وسكنى الدور ونحو ذلك مما ليس فيه ثمار .

وفي الأثر: وإن أوصى رجل بسكنى هذه الدار أو البيت أو جميع ما يسكن، سمّى الأجل أو لم يسمِّ فذلك لا يجوز، ومنهم من يقول: إذا سمى إلى أجل معلوم، جائز له ذلك فيما دون الثلث، وسواء في ذلك إن أوصى له بسكنى هذه الدار سنة هكذا أو هذه السنة أو إلى كذا من السنين.

وأما إن لم يجعل له أجلاً فلا يجوز من ذلك شيء، ومنهم من يقول: جازت الوصية بالسكنى، أجّل في ذلك أو لم يؤجل، وإنما ينظر في ذلك إلى ثلث المال حتى يستوفيها الموصى له بالسكنى، وبالثلث ينزل مع الوصايا إذا كانت معه، وكذلك إذا سمى أجلاً وأحاطت السكنى بالمال فلا يجب أكثر من الثلث، وبالثلث ينزل مع الوصايا، وكذلك غلات الأشجار والأرض وخدمة العبيد وغلاتهم وذمّتهم، وذمة العبد ما أُعطي له وما أُوصي له به، ونمو الحيوانات وغلاّتهم على ما فسرنا في مسألة السكنى لايزيد ولا ينقص، والله أعلم.

وأما القدر، فإن العلماء اتفقوا على ألاَّ تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثته، واختلفوا فيما دون الثلث، قال بعضهم: بالربع، وآخرون بالخمس، والمأخوذ به الثلث كما ذكرنا، لقوله عليه السلام: (جعل الله لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم) [1]، والأصل في هذا ماروي عن جابر بن زيد قال: بلغني عن سعد بن أبي وقّاص، قال: (قد جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يارسول الله، قد بلغ بي من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولاترثني إلا بُنيَّة، أفأتصدق بثلثي مالي، قال: فقال: لا،

(١) تقدم ذكره.

فقلت: فبالشطر، قال: لا، ثم قال لي: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)[1]، فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لاتجوز بأكثر من الثلث، إلا بإذن الورثة، واختلفوا فيما دون الثلث كما ذكرنا لقوله عليه السلام: (والثلث كثير)، وفي هذا الحديث أيضاً دليل على جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له. لقوله عليه السلام: (إنك أن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ لك من أن تذرهم عالة يتكففون الناس).

وفي الأثر: ما جاوز من الوصية ثلث المال فهو مردود إلى الورثة، إلا أن يجوِّزوا ذلك لمورثهم، فإن أجازوه قبل موت مورثهم وأرادوا ردَّه بعد موته، ففي ذلك اختلاف بين الفقهاء، فبعضهم يقول: ليس لهم أن يردُّوها إلى الثلث وقد لزمتهم إجازتها لمورثهم في حياته.

وقال آخرون: إجازتهم له في حياته كَلاَ إجازة، فليس يملكون في حياته ما يجيزون ولا ينكرونه ويردُّونه إلى الثلث بعد موته.

وأما إن أجازوه بعد موته فلا يردوه إلى الثلث بعد الإجازة، والله أعلم.

قوله: ففي ذلك اختلاف الخ، في كتب قومنا: ان الجمهور على أنهم لا تلزمهم الاجازة، فيجوز لهم الرجوع قبل الموت، وفصل المالكية فالحقوا مرض الموت بها بعد الموت فمنعوا فيه الرجوع.

---

(١) رواه النسائي بلفظ آخر.

باب من تجوز له الوصيـة
ومـن لاتجـوز

وتجوز الوصيـة لجميع الناس مـن أهل التوحيـد، إلا الوارث وعبده والقـاتل وعبده.

وأما الوارث لاتجوز له الوصية، لقوله عليه السلام: (لا وصية لوارث) [1].

وفي الأثـر: قلت: أرأيت الـوالدين إذا لم يكـونـا من أهل الميراث، أتجوز لهم الوصيـة؟ قال: لا، وقـد قيل: بجوازهـا لهما إذا لم يكونا مـن أهل الميراث، وهذا الإختـلاف منهم يدل على أن سبب الخلاف، هـل المنع لعلة الميراث أو لغيرهـا؟ فإذا كان المنع لأجل الميراث جازت الوصيـة إن لم يكونا من أهل الميراث، وكذلك إذا أوصى الميت لبعض ورثته.

وفي الأثر: وإن أوصى لوارث فجـوَّزها له الورثـة في حياة الموصي فلايجوز، إلا إن جوَّزوهـا له بعـد موتـه، ومنهم من يقول: إن جـوَّز له الـورثة ذلك في حيـاته فجائز، فهذا يدل منهم أن علَّة المنع عندهم لحقِّ الورثة، فإذا أجازوها جاز، والله أعلم.

قوله: أو لغيرها، يعني ـ والله أعلم ـ أن الأصل في الوالدين عدم الوصية لكونهما من الورثة في الغالب، فمنعت طرداً للباب و عبرة بالعارض.

---

(١) متفق عليه.

وعبدالوارث بمنزلته، لأنه ماله ووصيته، ولذلك لا تجوز الوصية لعبدالوارث، كما لاتجوز لوارث الميت، وكذلك أيضاً عبده، لاتصح له الوصية، لأنها راجعة إلى الورثة ولا وصية لوارث.

وفي الأثر: وإن أوصى لوارثه بانتصال أموال الناس أو بالحقوق التي وجبت عليه من الزكاة والكفَّارات وغير ذلك فلا تجوز.

ومنهم من يقول: جائزة، والذي يوجبه النظر أن من لم يجوِّز هذه الوصية للوارث دليله عموم قوله عليه السلام: (لاوصية لوارث)، فأخرجها مخرج النكرة ولم يخص وصية من وصية، والنكرة تدل على العموم، وأما من جوَّز هذه الوصية للوارث فقد دل مذهبه أن المنع إنما وقع على وصية لم يجب عليه في حياته إخراجها، مثل وصية الأقرب ووصية التطوُّع.

والفرق بين هذه الوصية ووصية الأقرب، أن وصية الأقرب لا تجوز إلا بعد الموت، وهذه الوصية التي للحقوق اللازمة له تجب عليه في حياته، فإذا أعطاها في حياته جازت، وسواء في ذلك أعطاها للورثة وغيرهم، فإذا تساوى فيها الورثة وغيرهم في حياته، وكذلك موته على هذا القول، أصل ذلك إذا أوصى لأحد ورثته بتباعة تلزم في حياته جاز له بعد موته، كما جاز في حياته، والله أعلم.

وأما القاتل فلا تجوز له الوصية، كما لايصح له الميراث، لأنه تعجيل إلى شيء يحل له في وقت ما، فتعجل إليه قبل وقته، فحرمه عقوبة له.

وفي الأثر: سواء كان القتل عمداً أو خطأ، وسواء كان القاتل طفلاً أو

مجنوناً، وقد ذكر عن النبي ﷺ أنه قال: (لايرث القاتلُ قتيله عمداً كان القتل أو خطأ)[1] ، وقاست العلماء الـوصية للقاتل على الميراث كما ذكرنا، وسـواء كانت الوصية قبل الجرح أو بعده ثم مات بعد ذلك بـه لعمـوم الخـبر في ذلك، سواء في ذلك قتله وحده أو اشترك مع غيره من النـاس أو من السباع أو كل من ينسب إليه القتل.

وبـالجملة كلُّ قتل لايحلُّ لـه وجب عليـه في الديـة والقـود مما ولاَّه بنفسـه أو اشتركه مع غيره، أو كان بأمره مما يجب عليه فيه القود والدية فلا تصح له به وصية المقتول.

وكـــذلك جميع من يضمن ديتـــه من وجـــوه التضييع مثل من رآه أشرف على الهلاك فتركه حتى مات ضيعة، إذا كان ممن يجب عليه أن ينجيه من الهلاك، فإن أوصى لـه فـلا تجوز وصيتـه، ومن العلماء من يقـول: إن قتل الخطأ لا تبطل بـه الوصيـة، وذلك لأن الخطأ محمول على هذه الأمـة، فلا عقوبـة فيه لقولـه تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾[2] .

وكذلك أيضاً كل قتل يحل للقاتل بوجه من الوجوه، فلا يبطل الوصية، مثل من قتل وليـه أو من بغى عليه أو من طعـن بدين المسلمين أو المرتـد أو ما أشبـه ذلك مما يحل به القتل، والله أعلم.

قوله: مما ولاه، لعله وليه.
قوله: بأمره، أي بأن أمر اولاده أو عبيده أو نحو ذلك.
قوله: ممن يجب عليه أن ينجيه، فخرج المهدور الدم.

---

(١) متفق عليه.
(٢) البقرة: ٢٨٦.

وإن أوصى لرجلين فقتل أحدُهما فقد بطل سهم القاتل دون الآخر، لأنه لاتكسب كل نفس إلا عليها، ولا تبطل الوصية بفعل غيره إذا لم يكن له فيه سبب ولو كان الغير طفلة، وأما إن أوصى لعبد فقتله سيد العبد فقد بطلت الوصية، لأن مال العبد لسيده، والله أعلم.

وأما المشرك، فقد قال بعضهم لايعطى المشرك من الوصية شيء كالميراث.

وقال آخرون: ليست الوصية كالميراث، هذه تفضُّل وعطية وصلة رحم، كما أمر الله والقرابة تصح في المسلم والكافر، والميراث ورد التعبد بها على لسان الرسول عليه السلام: (ولا يتوارث أهل ملَّتين) [1].

وهذه الوصية التي ذكرنا جوازها، إنما هي لمقصود، والله أعلم.

والوصية جائزة للحمل إن ولد حياً، وإن وُلد ميتاً بطلت الوصية، أصل ذلك الميراث، أنه كما يصح له الميراث كذلك تصح له الوصية.

وفي الأثر: والوصية للعبد من غير سيده، قال الأكثر: هي تصح ثم اختلف أهل هذا الرأي، قال بعضٌ: لا يجوز للسيد أخذها منه والعبد ينتفع بها، وقال قوم: هو يملكها كما يملكه، إن شاء أخذها وإن شاء تركها، قال القاضي: بهذا أقول.

وإن انتقل العبد من ملك سيده قبل موت الموصي، ثم مات بعد، فهي لسيد العبد الأول، فعلى قول من قال: هي للعبد فهي تتبع العبد أين ما كان، وإن عتق فهي له.

---

(١) رواه احمد والترمذي واخرجه الحاكم .

باب في أنواع الوصايا

أول ذلك الوصية للأقرب، وهي واجبة كما ذكرنا.

وفي الأثر: قلت: بأي شيء يبدأ به المرء من وصيته، قال: فقال: بأي شيء بدأ فقد أجزأه إذا أوصى بجميع ما عليه، وقد رأيت رجالاً من أهل الفضل إنما يبدؤون في وصاياهم بالأقرب، ويأمرون بذلك من حضر الوصية.

ومن لم يكن له شيء من المال فليوص، ولعل أحداً من المسلمين يؤديها عنه إذا مات وليس عليه بمضيق، مثل الذي له المال.

ويوصي الرجل من ثلث ماله لأقاربه بما شاء، وأدنى ما يوصي به لأقاربه أربعة دراهم، وهي ربع دينار فصاعداً، وهي أدنى صدقات النساء، وذلك ان صدقات النساء عندهم أربعة دراهم وهو ربع دينار، قياساً على ما يقطع به يد السارق، وذلك لأن هذا عضو لا يتلف بأقل من ربع دينار الذي يتلف به يد السارق، وكذلك لايجزىء في الفرض من الوصية أقل من أربعة دراهم، كما لايجزىء في الصداق أقل من أربعة دراهم.

والمستحب في وصية الأقرب أن يوصي بالأصل، ومن الأصل ما فيه الزيتونة والنخلة، لأنها أكثر احتمالاً للعطش من غيرها من الشجر، والوصية للأقرب

قوله: أربعة دراهم، إن جعلنا صرفه على ماهو المتعارف في زمننا.

فريضة، يرثها من يرث المال إذا لم يكن الذي ورثه .

وفي الأثر: وترث المرأة الأقرب من ثلاثة رجال وثلاث نسوة، فمن الرجال جدها وأخوها وابن ابنها، ومن النساء جدتها وأختها وابنة ابنها، ويرث الرجل الأقرب من هؤلاء وغيرهم، ويرث من عمته وابنة عمه وابنة أخيه وغيرهن من النساء إذا صار لهن عصبة، قربوا أو بعدوا منه، إذا لم يكن من يرث دونه، والأصل في هذا الميراث، لأن وصية الأقرب فريضة كالميراث .

وقال تعالى: ﴿وأُولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ [1].

وفي الأثر: وإذا مات الرجل ولم يكن له وارث، إلا عمته وابنة عمته أو خالته أو ابنة خالته، وأوصى للأقرب، فالمال كله للعمة والأقرب لابنة العم، وقيل: بأن يكون للعمة دون ابنتها، وكذلك الخالة وابنة الخالة وغيرهن من الأرحام .

وسبب الخلاف، هل وصية الأقرب للعصبة أو لمن يرث المال إذا لم يكن من يرثه؟ فإذا كانت للعصبة فلا ترثه المرأة إلا في موضع ترث فيه المال مع العصبة كما ذكرنا، وإذا كانت وصية الأقرب لمن يرث المال إذا لم يكن من يرثه، فإن المرأة

قوله : وإنما يرث الوصية الاقرب كما يرث المال ، فعلى هذا إن خلف ابناء وجدة واختا وبنت ابن وعما ، واوصى لأقرب الناس اليه بوصية، يكون السدس منها للجدة ولبنت الابن النصف وللاخت الشقيقة أو الابن الباقي ، وليس للعم شيء . وأخبروني من اثق به ، أن مشائخنا يحكمون بهذا القول ، وكذلك في بني مصعب ، والله أعلم .

---

(١) الأنفال : ٧٥ .

ترث الأقرب في كل موضع ترث المال، إذا لم يكن من يرثه كما ذكرنا في العمة وابنتها والخالة وابنتها وغيرهن من الأرحام، وإنما يرث الوصية الأقرب كما يرث المال، والعبد والمشرك والقاتل ليس لهم وصية الأقرب شيء، لأنه لا ميراث لهؤلاء، إلا إن خص الميت العبد والمشرك بشيء بغير وصية الأقرب فلا بأس كما ذكرنا.

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لأقاربه ولم يكن له أقارب فترجع الورثة في الأقرب، فيرثونه كما ورثوا المال القريب منهم والبعيد، وقيل: يرثه من كان عصبة للميت دون غيره من الأزواج وإخوة الكلالة وما أشبههم، فهذا يدل منهم أو وصية الأقرب للعصبة، لكنهم اختلفوا إذا بطلت رجعت الورثة، وإذا لم تبطل رجعت إلى العصبة، لكن قوله عليه السلام: (لا وصية لوارث)، يمنع من ذلك لعمومه، وعند الآخرين: لا وصية لوارث إذا كان من يرثها.

والمولى إذا مات وترك مالاً وأوصى للأقرب، فإن من سبق إلى ماله، له الأقرب مع المال، لأنه لا عصبة له، ولا فرض عليه في وصية الأقرب.

قوله: فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة، وبهذا القول جزم في الديوان حيث ذكر أن الأقرب إنما يرثه من يرث بالتعصيب الميت بعد وارثه، ولاحق فيه لذي سهم، ولذلك لايستحقها من النساء إلا الأخت وبنت الإبن، ومراده فالأخت وبنت الإبن إذا وجد مع إحداهما من يعصبها، كما هو ظاهر حتى تخرج عن ذوي السهام، ففي الصورة المعروفة في الحاشية الأولى تكون الوصية للعم، كما هو ظاهر ـ والله أعلم ـ وكان المناسب للمصنف رحمه الله أن يبيِّن ماعليه العمل، فإن أول كلامه يدل على إنها لمن يرث المال إذا عدم الوارث، سواء كان من العصبة أو من ذوي السهام أو من ذوي الأرحام، وآخر كلامه يدل على أنها للعصبة فقط، حيث قال: فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة الخ.

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجـل لأقاربـه بعشـرة دنانير أو مـا أشبـه ذلك فمات وترك بنيه فورثوا ماله، ولبنيه أولاد، وامرأة أحد بنيه حامل فهل ينتظره حتى يـولد، فيقسم معهم الأقـرب؟ قـال: لا، وقـال الشيخ أبو محمـد وافي بن عمار: يتربصوا بقسمة الأقرب حتى يولد يرث معهم، ومن الحجة لصاحب القول الأول فيما يوجبـه النظر، أن الـوصية للأقـرب، وإن كانت ميراثـاً فليست ببعيدة، انها هدية وصلة رحم، بدليل أنها بدل من الرزق الذي أمر الله به عند حضور القسمة الأولي القـربى، لقـولـه تعـالى: ﴿وإذا حضر القسمـة أُولـوا القـربى واليتـامى والمساكين فارزقوهم منه﴾ [1]، وقد أجمع المسلمون جميعـاً ألا يجب لقريب واحد وصيـة وإعطاء وقت القسمـة من طـريق الرزق، فـإذا ثبت أن فيها معنى صلـة الرحم فليست بيننا وبين صلة الحمل رحم، وعلى أن بعضهم قـال ـ وهو الأقرب فيما أحسب ـ ليست بفرض فحيث شاء الميت، جعلها في الأقرب أو في فقير.

وأما قول أبي محمد فجـرى على أنها ميراث، والله أعلم. وكذلك اختلافهم في رجل مات وترك أباه وأُمه وأخاه وأُمه حاملة من أبيه أو غيره، قال الشيخ رضي الله عنه وأكـرم مثواه: للأم الثلث ولـلأب الثلثان فلا يحجبهـا من الثلث إلى السدس الحمل الذي لم يولد، قلت: إن لم يقسمـوا حتى ولد الحمل أتكون القسمة بينهم مثل الأولى؟

قال: نعم، قد مات هذا ولم يترك إلا أخـاً وحداً، والأخ الواحد لايحجب الأم من الثلث إلى السدس.

---

(١) النساء: ٨.

فقال أبو محمد أيضاً في هذه المسألة مثل ما قال في التي قبلها: للأقرب الانتظار بالقسمة حتى يولد الحمل، فإن ولد وهو حي فيحجب الأم من الثلث إلى السدس، وإن ولد ميتاً فلا يحجبها، وأما الحمل الذي فأجمعوا أنه لا تجوز القسمة حتى يولد، وإن ولد هو حي يرث مع الورثة ويحجب فيمن يحجب، وإن ولد و هو ميت فلا يرث ولا يحجب، وإنما سهل اختلافهم في الحمل الذي لايرث، هل يحجب أم لا ؟

وذلك لأن في الأصول: من لايرث لا يحجب، وكيف يحجب من لايرث ما يحجب، فلما خالفت هذه المسألة الأصول احتملت التأويل وتعرض فيها الاختلاف، والله أعلم.

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لأقاربه بعشرين ديناراً أو ما أشبه ذلك من غير مقصود ولا معيَّن لأقاربه، فمات ولم يأخذ الوصية أقاربه حتى توالد من معهم في المنزلة، أو كان أقربهم إلى الميت في المنزلة، أو أسلم من الشرك، أو أُعتق من العبودية، قال بعضهم: يرث معهم في الأقرب هذا الداخل إذا كان معهم في المنزلة، ويرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزلة.

وقال بعضهم: ليس يرث معهم إذا كان في المنزلة الواحدة، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت، وهو لمن صار له عند موت الميت.

وهذه المسألة والأولى في معنى التأويل واحد، أعني هل الوصية في ذلك بمنزلة الميراث أم لا ؟

وأما إن كان في الأقربين طفل أو مجنون أو غائب أو كانت الورثة منعوها لهم

حتى حدث هذا الداخل فلا يرث شيئاً، لأنهم منعوا من حقهم فلا يضرهم ذلك حيث لم يكن من قِبلهم.

وكذلك أيضاً: إن أوصى لأقاربه بشيء معلوم مقصود معيَّن، مثل هذه الدابة أو الخادم أو فداناً معروفاً أو دنانير معروفة أو ما أشبه ذلك من المقصود إليه، فلا يدخل معهم فيه من كان معهم في المنزلة، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزلة، لأن ذلك لا يحتاج إلى القسمة من حيث كان مقصوداً.

فإن قال قائل: فوقتُ القسمة على هذا له تأثير، قيل له: نعم، ويعضد هذا قوله عليه السلام فيما رووا عنه: (أيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم، فهي على قسم الإسلام)[1]، فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام، ومن اعتبر موجب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام.

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لواحد من أقاربه بعشرة دنانير ثم أوصى لجملة أقاربه بمائة دينار، فلصاحب العشرة تلك العشرة التي استخصه بها ثم ينزل مع

قوله: فلا يضرهم ذلك، أي اجماعا.
قوله: لايحتاج إلى القسمة، أي مع الورثة.
قوله: للمقسوم بحكم الاسلام، أي في ذلك الوقت.

---

(١) تقدم ذكره.

جملة الأقربين في المائة التي أوصى بها لجملة الأقربين فيرث معهم فيها، وقال بعضهم: يرث غيره من الأقارب هم أولى بالمائة حين استخص هذا بالوصية الأولى، وقال بعضهم: جميع الوصية لهذا المستخص حين استخصه الميت بهذه الوصية الأولى تكون له الوصية الأخيرة.

وقال بعضهم: يأخذ غيره من الأقارب من المائة عشرة عشرة، إذا كان ممن يستوي معهم في قسمة الأقارب، أو أقل من العشرة أو أكثر منها إذا كانوا ممن يختلف فيها ميراثهم في الأقرب على حساب ما ينوبهم إذا حصلت لهم تلك العشرة نحو أن يكون في الأقربين الجد والجدة وابنة االابن وابن الابن، فما بقي من المائة بعد أخذهم ما ذكرنا فينزل معهم فيه.

وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في تخصيص الميت هذا بالعشرة الدنانير، هل هو من المائة أخرج من عموم الوصية للأقربين أم هو تفضيل له بذلك على غيره، أم ليس ذلك بشيء؟ فإذا كان ذلك التخصيص له من المائة تفضيلاً له على غيره، فله تلك العشرة وما ينوبه من المائة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿من كان عدوّاً لله وملائكته ورسله وجبريل ومِيكَٰلَ﴾ [1] ، فليس في ذكر جبريل أو ميكائيل بالتخصيص ما يخرجه من الملائكة، ويدل أيضاً على هذا إجماع الجميع أن الميت يوصي من ثلث ماله بما شاء لمن شاء بعد وصية الأقرب، وهذا القول هو الذي يوجبه النظر

(١) البقرة : ٩٨ .

عندي، وإذا كان تخصيص الميت له بالعشرة إخراج من عموم الوصية للأقربين فله ما خصه به دون غيره، ولغيره ما أوصى له به، ولا يدخل أحدهم على صاحبه فيما أوصى له به، لأن الخصوص إخراج بعض ما يشمله اللفظ العام.

وأما من قال: يبني على ما في يده من الوصية ويتحاصصون، فمذهبه أن الوصية للأقرب فريضة، وحكم الفرض على ماورد به الشرع ليس لأحد فيه حكم، فحمل هذه الوصية على العموم.

وكذلك أيضاً إن أوصى لجملة الأقرب ثم استخص أحداً منهم بعد ذلك بشيء على هذا الحال، لأن تخصيص العام يرد مقروناً معه ويرد مقدماً ومؤخراً عليه، والله أعلم.

وأما إن أوصى لبعض قرابته دون بعض، فلا يرد من لم يوص له من الذي أوصى له شيئاً، ولا يجزئه تلك الوصية للأقرب من حيث لم يوف بوصية الأقرب، وليس هو مثل من لم يوصِ للأقرب بشيء كما ذكرنا قبل هذا.

وفي الأثر: وإن أوصى لواحد من أقاربه هكذا ولم يقصده، فليس في ذلك وصية، ومنهم من يقول: الوصية جائزة، ويكون ذلك بينهم أجمعين.

وكذلك إن أوصى لهذا أو لهذا من أقاربه على هذا الحال، لأن هذه وصية لم تتبين، وكل وصية لم تتبين فهي راجعة إلى الأقرب، لأن أصل الوصية للأقرب، لقوله تعالى: ﴿كُتب عليكم إذا حضر أحدكم الموتُ﴾ الآية، والورثة ليس

لهم في الوصية شيء.

فإن قال قائل: أليس قد قال بعض الفقهاء، جميع مالم يعرف سبيله من الوصايا يتصدق به على المساكين؟ قيل له: نعم، لكن هذه الوصية التي ذكرنا مخصوصة في الأقرب من الميت، وإنما يتبيَّن سبيلها في الأقرب، والله أعلم.

وأما إن قال: أوصيت بهذا الشيء لفلان أو لفلان أقربي أو جنبي فللورثة أن يعطوا ذلك الشيء لمن أحبوا من الذين أوصي لهما به، وإن قال: أوصيت بهذا الشيء لفلان وفلان، فهو بينهما بالسوية.

وكذلك إن قال: أوصيت بعشرة دنانير للحج أو للكفارة أو للاحتياط، فيجعلون ذلك لأي وجه شاؤوا من الوجوه التي سمى، وإن قال: أوصيت بعشرة دنانير للحج وللكفارة وللاحتياط فيقسمونها بين الوجوه الثلاثة جميعاً أثلاثاً، وذلك أن الميت إذا خيَّر الورثة فجائز أن يجعلوا ذلك في وجه من الوجوه من ذلك والله أعلم. لأنها مقصود بها وجه من تلك الوجوه، وإن كانت لم تتبيَّن في أي وجه والله أعلم.

وكذلك أيضاً إن أوصى لأقاربه بهذا الشيء أو بهذا الشيء فجائز، وترجع المشيئة في ذلك إلى الورثة، ويدفعون لهم ما أرادوا، وقال بعض: إنما يكون لهم نصف الشيئين، وسواء في ذلك تفاضلا أو لم يتفاضلا.

والقول الأول أنظر عندي، لأن الورثة مخيَّرون في الشيئين، والواجب منهما واحد وهو غير معيّن، وإن تلف أحد الشيئين قبل أن يدفعوا أحدهما لأقاربه

فإنهم يدفعون لهم الباقي منهما، وإن تناسل الشيئان أو أحدهما، فحكم نسل كل واحد منهما كحكمه، والورثة مخيرون.

وكذلك إن نقصا أعينهما أو تغيرا فليعطوا لهم ما أرادوا، والأقرب والأجنب في هذا سواء، وكذلك جميع الوصايا على هذا الحال.

وإن أوصى للأقرب بواحد من هذين الشيئين ولم يقصده بعينه، فهو جائز، ويتفق الأقرب مع الورثة، وإن لم يتفق معهم فهم شركاء.

وكذلك الأجنب وجميع الوصايا على هذا الحال، لأن هذه وصية مجهولة غير معينة.

وقد ذكرنا جوازها فيما تقدم، وعلى الورثة الأوسط فيها والشيئان لايمكن فيهما الأوسط، وكذلك قالوا: الأقرب مع الورثة فيهما شركاء إن لم يتفقوا ومقدار ما يوصي الرجل لأقاربه بشيء معروف يصل إليه بعد موته، سواء كان ديناً أو عيناً، إلا إن كان ذلك مما لايصل إليه في الحكم الظاهر وهو حلال له فيما بينه وبين الله، فلا يجزئه في وصية الأقرب، إلا إن وصل إليه بشيء من ذلك يوماً من الدهر فقد أجزأ عنه، لأنه في يده.

وكذلك إن كان الشيء في يد الأقرب، فقد أجزأ عنه، لأنه في يده، ومثل ذلك أيضاً ما غصب منه ظالم أو عبد آبق منه. فلا يجزئه في وصية الأقرب كما ذكرنا، إلا إن دخل شيء من ذلك في يد الأقرب يوماً من الدهر، ولكن لايكل نفسه إلى ذلك. والوصية للأقرب بجميع المنافع، فقد ذكرنا ذلك في بابه وما فيه

من الاختلاف، فلا معنى لإعادته مثل الغلة ما لم تحضر والخدمة والسكنى ومجاز الطريق والساقية وكل شيء فيه منفعة دون تمليك الغير، والله أعلم.

وكذلك أيضاً الوصية بالشفعة، لأنها حق غير متملك، والله أعلم.

وكذلك إن أوصى له بشيء لم يملكه فلا تجوز تلك الوصية ولا تجزئه في وصية الأقرب، لأن الوصية أصلها الهبة، والهبة لاتحل بغير طيبة نفس مالكها، وكذلك ما اشتراه شراء الانفساخ فأوصى به للأقرب فلا يجزئه لأنه غير مالكه.

وكذلك إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً من دنانيره، وكذا وكذا شاة من غنمه، وليس له دنانير ولا غنم، فلا تجوز تلك الوصية للأقرب ولا لغيره.

وكذلك ما ذكرنا من الوصايا، لأنه نسب ذلك إليه ولم يملكه.

وكذلك إن أوصى له بنخيل أو بعبيد، وليس له نخيل ولا عبيد، فلا تجوز تلك الوصية كما ذكرنا.

وأما إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً أو كذا وكذا شاة أو كذا وكذا نحلة من ماله أو أن يخرج من ماله فذلك جائز، لأنها وصية في الذمة، والله أعلم.

وإن أوصى له ببيع موقوف أو هبة موقوفة، فحكم الشيء الموقوف موقوف، فإن انقطع إليه ذلك الشيء ووصل إلى الأقرب فقد أجزأ عنه، وإن أوصى رجل لرجل وهو أقربي أو أجنبي، ولم يمت إلا وهو وارث، فلا يأخذ من الوصية شيئاً، لأنه لا وصية لوارث.

وأما إن أوصى له وهو وارث، ولم يمت إلا وهو أقربي أو أجنبي، فقال

بعضهم : يأخذ الوصية لأنه ليس بوارث ، وقال بعضهم : لا يأخذ شيئاً لأنه أوقع له الوصية وهو وارث ، فهي باطلة من أولها .

وأما إن أوصى له وهو أقربي أو أجنبي ، ولم يمت الموصي إلا وهو أقربي أو أجنبي فليأخذها ولا بأس لأنه ممن تجوز له الوصية ، والله أعلم .

وإذا أوصى الرجل للاجنب بوصية ولم يوص للأقرب بشيء ، فللأقرب أن يرد على الأجنب ثلثي تلك الوصية .

وقال بعضهم : لايرد عنه شيئاً ، فمن قال : يرد على الأجنب فإن ذلك قياس منه على الورثة ، وذلك لما كان الميت لايصح له من ماله بعد موته إلا الثلث وما دونه لتعلُّق حق الورثة بالمال كان للأقرب أيضاً ثلثا ما أَوصى به للأجنبي لتعلق حقه بالثلث ، كتعلق حق الورثة بالمال ، ثم إنهم اختلفوا بعد هذا في وجهين : أحدهما ، في أي وصية يردها الأقرب إلى الثلث ، والثاني ، إذا شغله الميت بشيء ، أعني إذا أوصى له بشيء ، أما الوجه الأول ، قال بعضهم : لايعارض الأقرب جميع ما يوصي به الميت من الكفارات والأيمان والحج والانتصال ، ولا ما يوصي به للمساجد والمساكين وإصلاح السبيل وأشباه ذلك من الوصايا ، ولا يرد عنهم الثلثين ، ويرد الثلثين عن الأجنب المخصوص بها ، ما لم يوصِ له بها الميت على

قوله إذا شغله الميت بشيء الخ ، ظاهر التعبير بشيء يقتضي أنه لايعارض وإن كان أقل من ربع الدينار ، والله أعلم .

سبيل الحقوق والإحتيـاط ، فإذا كانت على مـا ذكرنا ، فـلا يرد عنه شيئـاً ، فهذا القول أصح فيما يـوجبه النظر، وذلك إنما يـرد الأقـرب من الـوصايا مـا يجب له ، فإذا أزاحها عنه الميت إلى غيره ردَّها إلى الثلث .

وأمـا ما كـان على سبيل الحقـوق والاحتيـاط فلا ، لأنـه واجبـة على الميت في حياته ، فإذا أدّاها فقد أدَّى ما عليه .

وكذلك إذا أوصى بها بعـد موتـه ، وقال آخرون : كـل وصية تخرج من الثلث يعارضها الأقرب ، وأما التي تخرج من الكل فلا يعارضها ، وقد ذكر في الأثر : ومن أوصى للفقراء ولم يوص للأقربين ، فللأقربين الثلثان عند علمائنا رحمهم الله ، وقد قال بعض : إنها ليست بفرض ، فحيث شاء الميت جعلها في الأقرب والفقير.

وأما الـوجه الذي شغل الميت الأقرب بشيء ، ففي الأثـر : وإذا أوصى الرجل لـلأقرب وأوصى لـلاجنب الآخـر ، فـذكر الشيخ رضي الله عنـه ، عن أبي محمـد خصيب بن ابراهيم ، أنه قال : دع منك كثرة الأقاويل ، إذا أوصى للاقرب بشيء فقد شغله عن الثلثين ، وقال بعضهم : يرد الأقرب من الأجنب ، ويعتد بها في يده حتى يستكمل الثلثين ، وقال بعضهم : يـرد عليه ثلثي ما في يـده ولا يعتد بها في يده هو ، وقال بعضهم : لايرد عنه شيئاً أوصى له أو لم يوص له .

قولـه ومن أوصى للفقراء الخ ، ينظر مـا الفرق بين الفقراء والمساكين ، فإنـه ذكر ان الأصح في المساكين أنهم لايعارضون ، وأنه لايعـارض الاجنب المخصوص على ماتقدم ، اللهم ان يقال : أراد بهم من الفقراء المعينين ، أو هذا قول آخر ، وهو ظاهر كلام السؤالات ، وكذلك إن أوصى للفقراء فللاقربين ثلثا الذي أوصى به للفقراء .

وإن أوصى لواحد من أقاربه بدينار ولآخر بدينارين، وأوصى للأجنبي بعشرة، فليردوا عنه الثلثين، فيقسماها بينهما نصفين على ماذكرناه من الاختلاف في المسألة الأولى فيما يرد عن الأجنب، وفي قسمة ما ردُّوه بينهم.

وإن جوَّز الأقرب تلك الوصية للأجنب فلا بأس لأنه حقه، وكذلك إن جوّز له أحد الأقربين فلغيره أن يرد من الأجنب ما ينوبه من الثلثين.

وأما إن جوّز الأقرب للميت أن يوصي للأجنب، فأوصى له، فمات فله أن يرد عليه ثلثي الوصية، ولا تضره اجازته، لأن الوصية للأقرب فريضة من الله ولا تزيح الفرض تلك الاجازة.

وإذا أوصى الرجل للأجنب ولم يوص للاقرب، فإن الشهود يشهدون للاجنب على الورثة بالوصية من غير حضور الأقرب، ويحكم له الحاكم أيضاً بغير حضوره ويعطيها له الورثة من غير حضوره، ولا يشهد الشهود للأقرب إن دعاهم للشهادة بغير أمر الأجنبي، ولا ينصب الحاكم الخصومة بين الأقرب والورثة على تلك الوصية بعدما أخذها الأجنب.

فقد دلّ هذا منهم، أن الوصية للأجنب إذا أوصى له الميت، ما لم يرد منها الأقرب الثلثين وهو الذي يوجبه النظر عندي، لأن الأقرب مخيَّر بين إجازة الفعل

قوله : ولاتزيح الفرض تلك الاجازة ، نظير هذا ماذكروه في ذواقة الجار ، إذا تحالوا فيما بينهم واتفقوا على إسقاطه لأنها حق الله .

للأجنبي ، وبين أن يرد منه الثلثين ، ولأن الأقرب أيضاً لايدرك منها شيئاً ، ولا يجب له إلا بعد قبول الأجنب لها .

وكذلك لايدركها على الورثة قبل أن يقبضها الأجنب ولو قبلها ، ولايجب على الأجنب قبولها ، وأما قبضها بعد قبولها فواجب فيما بينه وبين الله دون الحكم .

ومثل ماذكرنا إذا جمع الميت رجلين في الوصية أقربين أو أجنبين فعورضا فيها ، وأراد أحدهما أن يخاصم ويستشهد عليها . وأما الآخر فإنه لايدرك عليه ذلك في الحكم ، ولا يشهد له الشهود وحده ، لأن الشهادة عند الشهود وديعة لهما جميعاً لايدفعاها لأحدهما دون الآخر ، ولكن ليس لصاحبه أن يعطل عليه ذلك في جميع الوجوه التي ذكرنا ، فإن عطل حتى هلك ، فهو لما ينوب صاحبه ضامن فيما بينه وبين الله دون الحكم على ما ذكرنا ، وإن أخذها الأجنب من الورثة فتلفت في يده ، فهو ضامن لما ينوب الأقرب منها إذا ضيعها ، وإن هلكت بأمر غالب ، فلا ضمان عليه منها ، لأنه أمين فيها وليس بمتعد ، والله أعلم .

وما جاوز ثلث المال إذا أوصى به الميت للاجنب ، بإذن الورثة فليس للأقرب أن يرد من ذلك إلا ثلثي الثلث ، ولا يرد أكثر من ذلك ، لأنه من الورثة مثل الهبة .

ومثل ذلك أيضاً إذا أحاطت الديون بماله ، فأذن له الغرماء أن يوصي بماله كله أو بعضه فمات فليس للورثة أن يردوا الوصية إلى الثلث ، ولا للأقرب مما يرد الأقرب عن الأجنب شيء ، لأن ذلك من الغرماء مثل الهبة ، أصل ذلك إن

أذن رجل لرجل أن يوصي في ماله بوصية فأوصى فيه، فمات الموصي فليس للورثة ولا للأقرب منها شيء كما ذكرنا .

وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً ، ثم أوصى فيه بعد ذلك، فتلك وصية في ماله، فللورثة أن يردوها إلى الثلث، وللأقرب معارضة الأجنب فيما خص به، كما ذكرنا .

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل، قال: أوصيت بعشرة دنانير لهذا الرجل وهو أقربي، فإذا هو ليس بأقربي وأقرب منه غيره، فيرد الأقرب منها الثلثين، وللموصى له الثلث .

وإن قال: أوصيت لأقربي بعشرة دنانير وهذا هو الرجل، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب، فليأخذ الوصية الأقرب، وليس لهذا الموصى له منها شيء، وذلك لأن لفظ الوصية أولاً إنما هي للاقرب .

وإن كان أقارب الموصي رجالاً ونساء، فالوصية بينهم كما ذكرنا، للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنها ميراث إذا أراد الموصي بها وصية الأقرب، وإذا أراد غير وصية

قوله : فليس للورثة ولا للأقرب منها شيء، يؤخذ منه حكم ما يفعله أهل زماننا لمن تصدق عليهم بجميع ماله، فيلتزمون له بعد ذلك قدراً معلوماً يدفعونه عنه بعد موته في وصيته، وهذا ظاهر إذا لم يشترط عليه ذلك، والله أعلم، فليراجع . وربما كان مايفعله الناس داخلاً في قوله : وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً، ثم أوصى فيه بعد ذلك الخ، لأن هذه الوصية في الحقيقة وصية في ماله، لأنه لولا ماله ما التزم له شيئاً، وهذا الظاهر والله أعلم .

الأقرب ، مثل الديون والحقوق وما أشبهها فليأخذوا على الرؤوس ، وسواء في هذا الرجال والنساء ، إلا إن بيّن التفاضل بينهم .

وكذلك إن أوصى لأقاربه بكذا وكذا وفيهم الرجال والنساء على أن يقسموها بالسوية فذلك جائز ، ويكون ما زاد لذي السهم الناقص على سهمه صلة من الميت .

وكذلك أيضاً إن أوصى بشيء معلوم لرجل وامرأة وهما أقرباؤه ولم يذكر الأقرب فالوصية لهما جائزة ، ويقتسمانها بالسوية ، وتجزئة تلك الوصية للأقرب ، لأنه لم يذكر وصية الأقرب ، والله أعلم .

وفي الأثر من بعض كتب المتقدمين : وإذا أوصى الرجل لذوي قرابته بالثلث ، فإن ذوي قرابته كل ذي رحم محرم منه ، فإن كان له عمّان وخالان وله ولد يحجب ميراثه ، فالثلث لعميه ، لأنهما أقرب من الخالين ، وأدنى ما يكون من ذوي القرابة اثنان فصاعداً ، ولو كان عم واحد وخالان ، كان للعم النصف وللخالين النصف .

قال أبو المؤرج : إن الخالين والعم والعمين في الثلث سواء ، وليس هذا ميراثاً ، إنما هذه وصية للقرابة ، فإذا لم أقدر على أحد إلا هؤلاء أعطيته .

قوله : لأنه لم يذكر ، علة لقوله : ويقسمانها .

قوله : اثنان فصاعداً ، أي أنها أقل الجمع عند بعضهم .

وكـذلك كل ذي رحم محرم منـه فالثلث بينهم سـواء في الـوصية ، وإن كـان بعضهم أقرب من بعض .

والعمل عند أصحابنا ، أن الوصية للأقرب ميراث ، وليس العمل على ما قال أبو المؤرج في هـذا عندهم ، إلا إذا أوصى الرجـل لقرابته بشيء من مـاله على غير وصية الأقرب فجـائز وحسن جميل ، لأن ذلك من صلة الرحم ، وقـد أمر الله عز وجل بصلة الرحم في قوله تعالى : ﴿واتقوا الله الذي تسآءلون به والأرحام﴾ (١) ، وقال عليه السلام : (صِلوا أرحامكم ولو بالسلام) (٢)، وصلة الرحم حقٌ واجب في الصحة والسقـم ، أن يصلهم بمال إن احتاجـوا إليه ، وإن لم يحتـاجوا إلى مـاله فليصلهم بنفسه وسلامه وهو أقل الصلة عندهم .

وإن أوصى لهم بكذا أو كـذا من ماله فذلك جـائز، ويأخذه قرابته إلى ثـلاثة آباء والموصى رابعهم ، وسواء في هـذا قرابة أبيه أو قرابة أُمـه ، وهؤلاء الأربعة سواء انهم عبيـد أو مشركـون ، لأن صلـة الـرحم تصح للمسلم والكـافـر، وقيل في المشركين : ليس لهم فيهـا شيء . والأول أصح ، ومن حجتهم أن القرابـة إلى أربع درجـات ماروي (أنـه ﷺ لما نزل عليـه ﴿وأنذر عشيرتك الأقـربين﴾ (٣) ، اتخذ طعاماً ثم دعـا من دعا من بطون قريش إلى أربع درجات) ، وهو يقـدر أن يدعو

---

(١) النساء : ٩ .

(٢) تقدم ذكره .

(٣) سورة الشعراء : ٢١٤ .

ممن يناسبه أكثر، وقال تعالى: ﴿وأنذر عشيرتك الأقربين﴾، ولم يقل عشيرتك مرسلاً، وقد اختلفوا أيضاً، قال بعضهم: أربع بالميت، وقال بعضهم: بغير الميت، وقال بعضهم: إلى ستة آباء غير الموصي، وقال بعضهم: إلى عشرة آباء، ومنهم من يقول: ما لم يقطعهم الشرك، ومنهم من يقول: إلا ذوي المحارم منهم.

وقد ذكر في الأثر: وإنما تقسم هذه الوصية أثلاثاً، ثلثين لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم، وتقسم قرابة الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومنهم من يقول: بالسوية، ودخل في هذه الوصية الحاضر والغائب.

وأما من مات بعد موت الموصي، فورثته بمقامه، ومن ولد بعد موته فلا يأخذ من ذلك شيئاً، ولو أنه قد كان في بطن أُمه.

وقيل: إنما يأخذها منهم من حضر القسمة.

وأما قرابة الأم فإنهم يقسمون ما أخذوا بالسوية، وإن كان فيهم من جمع القرابتين فإنه يأخذها جميعاً، وإن لم يكن له إلا قرابة الأب أو قرابة الأم، فإن من كان منهم يأخذون ذلك كله ولو لم يكن إلا واحداً، وكذلك إذا لم يبق من قرابة الأب إلا واحدا، فإنه يأخذ الثلثين من الوصية والثلث لقرابة الأم، وكذلك إن لم

قوله: وإنما تقسم، هذا قسيم لما تقدم من قسمتها بالسؤالان، المراد غير وصية الأقرب.

قوله: ومن ولد بعد موته، جعله كوصية الأقرب خلافاً لأبي محمد وافي ابن عمار كما تقدم، فقوله فيما تقدم يناسب قوله، وقيل: الخ.

يبق من قرابة الأم إلا واحد فإنه يأخذ الثلث ويأخذ قرابة الأب الثلثين، ومنهم من يقول: يدخل الواحد مع القرابة ويكون معهم شركاء سواء، ومنهم من يقول: إن كانت قرابة الأب أقرب إليه من الأم فإنهم يأخذون تلك الوصية، وإن كانت قرابة الأم أقرب من قرابة الأب فإنهم يقسمونها نصفين.

وقد ذكر في كتاب أبي عبدالله محمد بن بركة أنه قال: إن اقتسموا هذه الوصية فيما بينهم حتى لم يبق منها ما لايحتمل القسمة، فإنهم يعطون ذلك لما كان أقرب منهم إلى الموصي إذا كان فقيراً، ومنهم من يقول: يعطى ذلك للفقراء قربوا أو بعدوا، والله أعلم.

وإن أوصى لدمه أو لرحمه فذلك جائز، ويأخذ ذلك من لايحل نكاحه، ومنهم من يقول: الدم والرحم مثل القرابة، وقد ذكر ذلك، وكذلك أيضاً وصية الجيران يأخذها كل من وقع عليه اسم الجار.

وفي الأثر: وسئل عن رجل أوصى لجيرانه بكذا وكذا، هل يرد عليهم الأقرب؟ قال: لا، ويأخذ من ذلك الأغنياء والفقراء والعبيد والأحرار والنساء، فقيل له: إن كان في جيرانه أهل الكتاب هل يأخذون أيضاً؟ قال: نعم، قيل له: فإن كان الذي أوصى لجيرانه عبد أو أمة هل يأخذون فيه أهل الكتاب؟ قال: لا، ويأخذون غيرهم من الجيران، قيل له: هل يعد في الجيران عبده إذا كانت له

قوله : هل يرد عليهم الاقرب ؟ قال : لا إنما لم يرد لأنها كالاتصال من الحقوق.

قوله : هل يعد في الجيران عبده ، أي عبد الموصي.

امرأة حرَّة أو أمة لغيره ؟ قال : نعم، وأما أمته فلا، والجار الذي قلناه عشرة بيوت عن يمينه وعشرة عن شماله وعشرة قدَّامه وعشرة خلفه، ومنهم من يقول : سبعة سبعة، ومنهم من يقول : ثلاثة ثلاثة، وهذا مالم يجز بينهم طريق كبير، فإن كان بينهم طريق كبير، فإنه يقطع حق الجار.

وفي الأثر، وإذا أوصى الرجل بثلث ماله لإخوته وله ستة إخوة اثنان لأبيه وأمه واثنان لأب واثنان لأم فإن كان له ولد يحرز ميراثه فالثلث بين إخوته سواء، وإن لم يكن له ولد كان لأخويه من أمه الثلث ميراثهما، ولأخويه لأبيه وأمه الثلثان ميراثهما، وتبطل حصة الورثة من الوصية، ويجوز للأخوين من الأب ثلث الوصية، والله أعلم.

قوله : وأما أمته ، أي أمة الموصي .

باب الوصية التي تخرج من الكل
والتي تخرج من الثلث

أول ذلك كفن الميت من جميع مـاله، وهـو قبل الديـون، لقولـه ﷺ في ميت مات بحضرته: (كفِّنوه في ثوبيه اللذين أحرم فيهما)[1]، وأضافهما إليه وهو قبل الديـون، وكذلك البقعة التي يـدفن فيها إن لم توجـد إلا بالشراء، لأن ذلك أولى من الديون في حياته، وكذلك بعد مماتـه، أعني ثوبه الذي يوارى به عورته وبيته الذي يكنُّه من الحر والبرد، والديْن من جميع المال وهو قبل الوصية، وقد بلغنا أن النبي ﷺ قضى بالديْن قبل الوصية، وكذلك كل ما كان على المرء من وصايا غيره من ورثته أو من غير ورثته، فهو من جميع المال، سبيله سبيل الديون.

وفي الأثر: قلت: أرأيت وصية أبيه ووصية جده، هل تخرج وصية جدِّه قبل وصية أبيـه أو يخرجان بـالحصص؟ قال: يخرجـان بالحصص، وقـال ذات مرة: تخرج وصية جده قبل وصية أبيه، قلت، فالاحتياط والانتصال؟ قال: الاحتياط

قوله: وكذلك البقعة الخ، هذا مناف لما تقدم له، رحمه الله، في كتاب الجنائز، فليراجع. فإن الجمع بينهما متعسر، وما هنا موافق لكلام أبي زكرياء رحمه الله وهو الأوفق.

---

(١) رواه ابو داود والنسائي.

من الثلث والانتصال من جميع المال، وبعضهم يقول: من الثلث، وكذا ما وجب عليه من زكاة ماله قال بعضهم: إذا ضيَّعها فمن الثلث، وإن لم يضيعها فمن جميع المال، وكذلك الوصية بالحج الواجب.

والأصل في المسألة، هل ما يجب عليه في حياته من جميع ماله يجب عليه بعد وفاته من جميعه أم لا؟ فعند بعض، أنه من جميع ماله، أصله الديون، وعند الآخرين من الثلث، والفرق بين هذه الوصايا من الحقوق الواجبة التي تلزم العبد فيما بينه وبين الله وبين الديون، أن الديون تدرك على الورثة في مال الميت ولو لم يوص بها، والحقوق لاتلزم إلا بالوصية من الميت، وأيضاً الديون لمعيَّن والحقوق لغير معيَّن من الناس، وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى بما فيه الكفاية، ولا معنى لإعادتها.

قوله: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى، أي في أول كتاب الزكاة.

باب الوصية بالاتصال والانتصال

كل تباعه كانت عليه من قبل الأنفس والأموال، أعلمَ أربابها أو لم يعلمهم، وكذلك التباعات التي لاتنسب إلى الناس مثل الفساد في المساجد وما جعل لوجوه الأجر كله إذا أفسد فيه، فيما علم أربابها أوصى لهم وما لم يعلم فليوص لهم بها للانتصال هكذا، ويتحاصصون كلهم في المال، من علم صاحبها ومن لم يعلم.

ومنهم من يقول من علم صاحبها أولى ممن لم يعلم، وهو الذي يوجبه النظر عندي على ماذكرنا، وسواء في هذا التعدي والمعاملات وغيره من وجوه المضمونات كلها، والوصية بالانتصال جائزة لجميع الناس، وارثاً كان أو غير وارث، موحداً كان أو مشركاً، غنياً كان أو فقيراً، قاتلاً للموصي أو غيره إذا أوصى لهم الميت وخصهم بالوصية لانتصال أموال الناس، لأنها بمنزلة الدَّين، وكذلك إن أوصى لانتصال مال عبد فلان فجائز، والوصية لسيده أو للعبد على قول بعضهم وتتبع العبد.

وأما إن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس هكذا فلينفقوا ذلك على الفقراء، وليس للغني والعبد والمشرك فيها شيء، لأن سبيل ما لايعرف سبيله

قوله : التعدي والأمانات، في نسخة : والمعاملات وهي الصحيحة.

أن ينفق على الفقراء كاللقطة.

وقد ذكر عن ابن مسعود، أنه اشترى جارية بسبعمائة درهم، فغاب صاحبها فنشد عبدالله حولاً فلم يجد صاحبها فخرج بالثمن عند سدة بابه، فجعل يقبض ويعطي للمساكين ويقول: أللهم عن صاحبها فإن أبى، فعني وعليَّ الغرم، وقال: هكذا يفعل باللقطة وبه أمر رسول الله ﷺ، وإن أمر الميت في هذه الوصية التي لانتصال أموال الناس أن تعطى لفلان فلينفقها الخليفة عليه، وإن أبى فعلى غيره، فإن كان الموصى له غنياً أو مشركاً أو عبداً أو من لاتجوز له الوصية فلينفق ذلك على الفقراء ولايشتغل به، لأنَّ الوصية لاتجوز لهؤلاء المذكورين، ومنهم من يقول: يفعل الخليفة والورثة ما أمروا به ولو أنه لايجزىء ذلك الميت، وأما إن لم يمت الموصي إلا وقد افتقر الغني أو أسلم المشرك أو عتق العبد، فجائز أن ينفقوا عليه تلك الوصية.

وإن كان الموصى له في حال الوصية فقيراً أو موحداً أو غير وارث ولم يمت الموصي إلا وقد استغنى الفقير أو أرتد الموحد أو صار غير الوارث وارثاً، فلا ينفقوا تلك الوصية عليه وينفقوها على فقراء المسلمين، لأن وصية انتصال أموال الناس، سبيلها للفقراء كما ذكرنا.

وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس، أن يُجعل للمسجد أو في سبيل الله أو للحج أو لوجوه الأجر كلها، فإنهم يجعلون ذلك فيما أمرهم به.

وأما إن أوصى بهذا الشيء أن ينفق على المسجد أو على الطريق أو على كل من لاتجوز عليه النفقة، فلا تجوز تلك الوصية، لأن المسجد والطريق ليسا ممن

ينفق عليهم، وأهل النفقة معروفون، فإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عليه في بلد كذا وكذا أفلا ينفقوه في غيرها، وكذلك القبيلة على هذا المعنى، وكذلك إن سمى صنفاً من الناس، وإن أنفقوه على غيره فلا يجوز، وجوّز بعضهم ذلك، لأنه كله سبيله تلك الوصية، والدليل على ذلك إذ أطلقها الموصي.

وفي الأثر: ووصية الميت على وجهين: وجه ينفع ووجه يضر ولا ينفع، فليس على الورثة فعله، والذي يضر إن أمرهم أن يدفنوه في بيت مات فيه أو يدفنوه في الحرير، فليس على الورثة شيء من ذلك، ورخص في الذي أوصى أن ينفق عنه في بلد معروف أو على مساكين بلد معروف، أن ينفق على الفقراء أين ما وجدهم، وكذلك إن أوصى أن يصلح بهذا المال المسجد الفلاني، فلا بأس أن يصلح به غيره.

وفي الأثر: وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عنه في الزكاة أو في الكفّارات، أو أوصى بكذا للزكاة أن ينفق عنه في انتصال أموال الناس، فالوصية للأول منهما، وذلك فيما يوجبه النظر، لأنه لايجزىء فرض واحد فرضين.

قوله: وأهل النفقة معروفون، ظاهره أن هذه الوصية ترجع الى الفقراء فيكون معنى قوله: فلا تجوز تلك الوصية، أي للمسجد والطريق، بل لغيرهم وهو الظاهر، والله أعلم.

قوله: ورخص في الذي أوصى الخ، هذا هو المراد من سوق هذا الأثر.

قوله: أن ينفق على الفقراء الخ، هذا هو محل الرخصة.

وفي الأثر أيضـاً: وإن أوصى بهذا الشيء لانتصال أموال النـاس، فأنفقوه في احتياط أموال الناس أو للزكاة، فأنفقوه في احتياط الزكاة فلا يجزئهم ذلك، لأنهم خالفوا ما أُمـروا به، وأما إن أوصى بالاحتياط فأنفقوه في الانتصـال فذلك جائز، ومنهم من يجوِّز ذلك في الـوجـه الأول، وذلك فيما أرى، لأنـه كلها لله حسنـات لصاحب المال، وقد ذكـر عن أبي سهل: أن الرجل إذا نوى في ليلـة عاشوراء أن كل ما يصومه وما يصلِّيه وما يتصدّق به فهو لاحتياط ما عليه من صلاة أو صيام أو احتياط فلا بـأس، وكذلك ما أكله الطير أو السارق أو النملـة، فلا بأس أن ينويـه لاحتياط أمـوال الناس، قـال: وكان أبـو محمد وارسفـلاس لايجيز ذلك، وهـذا كله فيما يـوجبـه النظر حسنـات على صـاحب المال، وذكر أيضـاً عن أبي سهل، أن الذي أفسد في المساجد الكثيرة وأصلح ذلك في مسجد واحد فلا بأس بذلك، لأن المساجد كلها لله.

وإن أوصى بهذا الشيء لـلانتصال ولـلاحتياط، ولم يذكـر أموال النـاس فإن الأقرب يأكل ذلك، لأنها وصية لم تتبين يمكـن أن يكون انتصل من الأقرب ومن وصيته، ومنهم من يقـول: يعطى ذلك عليه كما أوصى، لأن الانتصـال معروف وأهله معروفون.

وإن قـال: أوصيت بكذا وكـذا لانتصال مـال فلان أن ينفق عليّ فإن عـرف الموصى له فليـدفعوا ذلك لـه، وإن لم يعرفوه فلينفقـوا ذلك على فقراء المسلمين،

قوله: أو السارق، يؤخذ منه جواز دفع الاحتياط للفاسق، يعني إذا كان فقيراً، والله أعلم.

لأن ما لم يتبين له أهل فأهله الفقراء .

وفي الأثر: وإن أوصى لرجل معلوم لانتصال مـاله فلا يدرك عليه في ذلك في الحكم مادام حياً، وليس على الموصي لـه زكاة ذلك ولا يحطها الموصي أيضاً، لأن الظاهر من الانتصال مـا لزمه من الأموال مما لايحكم عليها الحاكـم ولاتلزم الورثة إلا بالوصية بها، فإذا مات الموصي وجبت للموصي له إن كان للموصي مال، فإن مات الموصي له صـارت لورثته من بعده على قدر ميراثهم منـه، وكذلك أيضاً إن أوصى لانتصال مال فلان، وفلان قـد مات، فإن ورثة ذلك الميت يأخذون ذلك على قدر ميراثهم، وكـذلك إن أوصى لورثـة فلان الميت لانتصال مـال مورثهم، فإنما لهم على قدر ميراثهم منه .

وأمـا إن أوصى لهم لانتصال أمـوالهم، فإنهم يقسمون ذلك بـالسويـة، وإن أوصى لرجل بانتصال مال فـلان، وفلان المسمى ليس بوارث الموصي له فلا تجوز هذه الـوصية، لأن الانتصال ليس هو للمـوصي له وصاحب الانتصـال لم يوصِ له، وقال بعض: يأخذها المنسـوب إليه المال وورثته، وهذا القول عندي أصح، لأن فيـه بـراءة الموصي وللورثـة جميعـاً، ولأن الموصي أوصى، وإنما أخطأ في وضع الوصية غير موضعها، والله أعلم .

وإن أوصى لرجل أن ينفق عليه كذا وكذا في انتصال ماله، فإنهم ينفقون عليه ذلك ولا ينفقون على غيره ذلك، لأن التباعة له، وإن أبى أن يقبله فإنهم ينتظرونه ما لم يمت، وإن زال عقله فلينفقوه على خليفته، وإن ارتد فليعطوه له، وكذلك إن استغنى .

وإن مات فعلى ورثتـه على قدر ميراثهم، وخليفة الطفل والمجنـون في مقامهما إن أوصي لهما لانتصال أموالهما.

وإن لم تكن لهما خليفـة، فعلى العشيرة أن يستخلفـوا لهما ثقـة يقبض لهما، وكـذلك إن أوصى الميت بـالنفقـة على الطفل والمجنـون فخليفتهما في مقـامهما، وكذلـك أيضاً أُم الطفل أو وليّـه القائم بأمـوره، إذا كان ثقـة يقوم مقـامه، وإلا فالـوارث يقوم مقـام الخليفة حتى ينفـد ذلك في مصالح اليتيم، قـال الله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ [1].

---

(١) البقرة: ٢٢٠.

باب في وصية الاحتياط

والاحتياط كل ما لم يتيقن به الرجل، أنه كان عليه وخاف على نفسه أن تكون عليه التباعة فيوصي به، لأن من شأن المسلمين أن يأخذوا لأنفسهم الحيطة لما روي أن أبا بكر الصدِّيق رضي الله عنه قال: (كنا ندع سبعين باباً من الحلال مخافة أن نقع في باب من الحرام)، وينبغي للمسلم أن يوصي للاحتياط، لأنه قلَّ من ينجو من تباعة الناس إلا من شاء الله إما بالمعاملات وإما بالتعدية، أو ما يدخل عليه من قبل لسانه أو من قبل نظر عينيه أو بطش يديه أو سعي رجليه.

قال الله تعالى: ﴿إن السمع والبصر والفؤاد كلُّ أُولئك كان عنه مسؤولاً﴾ [1]، وقال ﴿وإِن كان مثقال حبة من خردل أتينها بها وكفى بنا حاسبين﴾ [2]، ووزن الخردلة لايعلمه إلا الله، وكذلك أيضاً ما يفسده عبده ومواشيه في الأموال والأنفس وما يكون عليه من قبل العيارات والموازين، والاحتياط إنما يخرج من الثلث، وذهب بعضهم إلى أنه مثل الانتصال.

وفي الأثر: وأما إن أوصى لاحتياط رجل مقصود إليه، فإنما تخرج من الكل، فكل ما أوصى به الميت مما يكال أو يوزن لانتصال أموال الناس أو لاحتياط

(١) الاسراء: ٣٦.

(٢) الأنبياء: ٤٧.

أموالهم، فعلى الورثة أن ينفقوا ذلك بعينه .

وأما ما لايكـال ولا يوزن من الأصول كلها من الأشجـار والأراضي وما اتصل بها، فإنهم يبيعـون ذلك كله بـالدنانير والـدراهم، وينفقـون ثمنه، وكذلـك ما لايكال ولا يوزن على هذا الحال، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك كله بعينه .

وإن كانت لرجل على رجل آخـر تباعة، فقال له صاحب التبـاعة : لاتوصِ بها، فإنـه إن حضره الموت وصاحب التبـاعة حي فليس عليـه الوصيـة بها، لأن صـاحب الحق وسع عليـه، وإن مـات صاحـب التباعـة قبلـه فقـد انتقلت إلى الورثة، وعليه الوصية لهم بها، والله أعلم .

باب آخــــــــر

وإذا أوصى الرجل كذا وكذا للمسلمين فجائز، ويدخل في ذلك المُسلِمات لتغليب المذكر على المؤنث، وحكم النساء تبع لحكم الرجال، وكذلك إن أوصى للمؤمنين والقانتين وما أشبه ذلك، وقال بعض: لا يدخل في ذلك المسلمات والقانتات والمؤمنات، وحجة هؤلاء أن خطاب الرجال وخطاب النساء في ذلك مفترق، وقد ورد به القرآن في قوله: ﴿إن المسلمين والمسلمات﴾ الخ الآية، والقول الأول عليه العمل لشمول الخطاب لهن مع الرجال عند أهل العلم إلا في أمور مخصوصة، وإذا شملهن الخطاب مع الرجال كان عليهم أن يتصدقوا على المسلمين والمسلمات كيف شاؤوا، ولا ينظروا إلى التسوية بينهم في ذلك، وإن قال: أوصيت بكذا وكذا للمسلمين والمسلمات فليتصدقوا بنصفها على المسلمين ونصفها على المسلمات، وإن قال: أوصيت للمسلمين أو للمسلمات فليعطوا للمسلمين جميعاً وللمسلمات ولا يقسمونها بينهم، لأن الميت بيَّن لمن يعطى له منهم، ومثل ذلك البيان إذا قال: أوصيت بكذا للمسلمات، فهو للمسلمات دون المسلمين، والله أعلم.

وإن قال: أوصيت بكذا وكذا للفقراء، فإنه يدخل في الإناث من ذلك الجنس، ويتصدَّقون بها على الذكور والإناث

قوله: ويتصدقون بها الخ، ظاهر هذه العبارة يقتضي أنه لابد من التصدق على الإناث أيضاً، وأن التوسعة إنما هي في ترك التسوية، وفيه تأمل ظاهره.

كيف شاؤوا، ولا ينظروا في ذلك إلى التسوية بينهم، وكذلك إن أوصى لليتامى أو للمساكين أو للضعفاء.

وقد ذكر في الأثر: ويدخل في هذا الإناث من ذلك الجنس ويُعطون ذلك لثلاثة فصاعداً وذلك لأنهم لايقدرون أن يعطوا ذلك للفقراء جميعاً أو اليتامى أو المساكين، ولكن عليهم أن يعطوا ذلك لأقل ما يقع عليه الجمع.

وإن أوصى لمسلم واحد أو ليتيم أو لمسكين أو لضعيف، فإنما يعطى ذلك للذكر دون الأنثى كما أوصى.

وفي الأثر: وإن أوصى للأرامل فلا يدخل في ذلك الرجال، ومنهم من يقول: يدخلون فيه، وكذلك الأيامى فيهم الاختلاف أيضاً، وسبب اختلافهم في ذلك، هل الحكم على موجب اللغة أو على المعتاد والمتعارف بين الناس؟ والذي يوجبه النظر عندي، أن الحكم في ذلك على المعتاد والمتعارف بين الناس وليس بمستنكر، وقد ورد الشرع بمثل هذا أو غيرت الشريعة كثيراً من اللغة، وجعلتها حقائق في الشرع ومجازاً في اللغة بعدما كانت بالعكس، كالغائط والنجو والنكاح والايمان والصلاة والزكاة وما أشبه ذلك. والأيامى في لغة العرب: الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، أبكاراً وغير أبكار، قال الله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [1]، أراد: أنكحوا من لازوج له من الرجال والنساء، وكذلك الأرامل على طريق اللغة يقع على الذكور والإناث.

(١) النور: ٣٣.

وقد ذكر ابن قتيبة، يقال: امرأة أرملة، ورجل أرمل، قال الشاعر:

أحب أن أصطاد ضباً سَحْبلا   رعى الشتاءَ والربيعَ أرملا

أراد لا أُنثى له، لأنه إذا سفد هزل، وقال يزيد الرقاشي: قيل لأعرابي تمنَّ، فقال: ضباً أعور عنين بأرض كلدة، طلبه عنيناً لأن الماء إذا بقي في ظهره كان أسمن له، وطلبه أعور لقلة التفاته، والأرض الكلدة: الغليظة.

وإذا كانت الضباب في الحجارة وبالبعد من الماء كان أسمن لها، وذكر عن الشعبي في رجل أوصى لأرامل بني حنيفة فقال: يعطى من خرج من كمرة حنيفة، وأنشد أيضاً:

هذي الأرامل قد قضَّيت حاجتها   فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

والمتعارف بين الناس ما ذكرناه، وقد ذكر ابن قتيبة، أيضاً: وإنما يقع الفتيا على المشهور المتعارف المعروف، وعلى قدر الموصي وطبقته في الناس ونيَّته، وسئل ابن عباس عن رجل مات، وأوصى ببدنة، أتجزىء عنه بقرة؟ فقال: نعم، ثم قال: وممن صاحِبكم؟ قيل له: من بني رباح، فقال: وما اقتنت بنو رباح البقر، إلا الإبل وَهَمَ صاحبكم، أي ذهب وَهْمُه فلم يجعل الفتيا على مايحتمله اللفظ عنده، ولكنه قصد بها إلى النية، ولو أن رجلاً قال: ثلث مالي

قوله: من كمرة حنيفة، الكمرة رأس الذكر، يعني فأتى بما يشمل الإناث.

قوله: وهم صاحبكم، لعل المراد به ابن عباس، لأنه هو الذي وهم في الحقيقة، حيث أجاز البقرة، والله أعلم.

لموالي، لم يكن إلا لمواليه بالعتاقة دون بني عمه وقرابته وهم أيضاً مواليه، قال الله عــز وجل ﴿وإني خفـت الموالي من ورائي﴾ [1]، أي العَصبَـةَ، ولو قـال: للغلمان، لم يكن إلا للذكور، وقد تقول العرب للجارية: غلامة، قال الشاعر في وصف فرس: يُهان لها الغلامـة والغلام، ولو قال: للرجـال، لم يكن إلا للذكور دون النساء، وقد تقول العرب للمرأة: رجلة، قال الشاعر:

كل جار ظل مغتبطاً   غير جيران بني حيلة

هتكوا حبيب فتاتهم   لم يسألوا حرمة الرجلة

وهذا من الألغاز الذي لايذهب العلماء إليها، والله أعلم.

وإن أوصى لابن السبيـل أو للمجـاهـديـن أو للمصلين أو للحجـاج أو للمعتكفين أو للصائمين فـذلك جائز كما ذكـرنا، وكـذلك للبر أو للأفضل البر ولأولي البر، وكـذلـك إن أوصى بكـذا للمسجـد أو للمصلى أو للكنيسـة التي أُسست على التقوى أو للكعبة أو للمقبرة أو لوجه مـن وجوه البر كلها فذلك كله جائز على ما أوصى به.

وفي الأثر: وإن أوصى لبني فـلان، وهم قبيلة لايحصون، فـالوصية بـاطلة،

قوله: لبني فلان، كأنه بدل من قوله: لبطن أو فخذ.

---

(١) سورة مريم: ٥.

لأنه لايعلم كل انسان منهـا ماله ، وإذا أوصـى لفخذ أو لبطن يُعرفـون ويحصون بثلث ماله لبني فلان ، فإن الثلث بينهم والذكور والإناث فيه سواء ، قد يحسن ها هنا أن يقال : هذه المرأة من بني فلان ينسبها إلى قبيلتها ، وإن لم يكن على هذا إلا الإناث فالوصية لهن ، لأنه أراد من ولد فلان ، فهذا الذي ذكرناه في القبيلة .

وأمـا الأب الأدنى إذا قـال : أوصيت بكـذا وكـذا لبني فـلان وفيهم ذكـور وإناث ، فـالوصية للـذكور دون الإناث ، وقـد وردت اللغة بلفظ البنين يقع على الذكور دون الإناث ، قال الشاعر:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجالِ اْلأَ باعِدِ

وبعضهم يقول : الـذكور والإناث في هـذا سواء ، وخطـاب النساء داخل في خطـاب الرجـال ، وأمـا إن قـال : أوصيَت بكذا وكـذا لأولاد فـلان ، فـالذكـور والإناث فيها سواء .

قـال الله تعالى : ﴿يـوصيكم الله في أولادكم للذكـرِ مثْلُ حظِّ الأنثيين﴾ [1] ، وكذلك إن قال : لولد فلان ، فالولد يقع على الواحد والإثنين والجمع .

وإن أوصى لبني فلان وليس لفلان إلا البنات ، فإنهن يأخذن ذلك كله لأنه أراد من ولـده فـلان ، وكـذلك إن لم يكـن لفـلان إلا بنـو ابنـه ، فإنهم يأخـذون

---

(١) النساء : ١١ .

ذلك لأنهم بنوه، وسواء في هذا أولاده مشركين كانـوا أو عبيداً لأنها وصية، وأهل الوصية الهبة، ويدخل في هذا ابنه المشرك والمختلط لوقوع الاسم عليه.

وإن لم يكن لـه إلا ابن واحـد أو ابنة واحـدة وقـد قال: لبني فـلان أو لأولاد فلان، فإنـه يأخذ ذلك الإبن أو الابنة، لأن العموم يخرج على الخصـوص في لغة العرب.

وفي الأثـر: وإن أوصى الرجل لبني فـلان بكذا وكـذا، فمات بنو فـلان قبل موت الموصي فقد بطلت الوصية، وكذلك إن أوصى لبني فلان بكذا وكذا وليس يومئـذ لفلان بنـون، فَوُلِـدَ بعد ذلك أولاداً فمات الموصي، فليس لهم في الـوصية شيء إذا حدثوا بعد الوصية، لأنهم لم يوص لهم.

وأما إن قـال: أوصيت لما يلده فـلان بكذا وكـذا، فَوَلَـدَ بعد ذلك أولاداً لهم الـوصية فيما بينهم وبين الله، وأمـا في الحكم فليس في ذلك ما يحكم بـه الحاكم، لأن الوصية وقفت على معدوم.

وفي الأثر: وإن مات أحد من بني فـلان الموصى لهم قبل أن يأخذ سهمه من الوصية، فإن ورثته في مقامه.

وأما من ولد منهم بعـد موت الموصي، فلا يأخذ من ذلك شيئـاً ولو أنه جنين في حال موت الموصي، ومنهم من يقول: إنما يأخذها من حضرها من بني فلان في حال القسمة، وهذا إذا كانوا قبيلة.

وأما إذا كانـوا قوماً مخصوصين فلا، لأن وصيـة القبيل على العموم، والعموم يصلح للعموم وللخصوص.

وإن أوصى لأبوي فلان فجائز، والقسمة بينهم بـالسوية، وكذلك إن أوصى لإخوة فلان أو أجداده أو أعمامه أو أزواجه على هذا الحال.

وفي الأثر: وإن أوصى رجل بعشرة دنـانير أن ينفقوا على فقراء أهل كـذا، فلا ينفق ذلك إلا على فقراء أهل ذلك المنزل وينفق عليهم في ذلك المنزل وفي غيره.

وإن أوصى بعشرة دنانير أن ينفقـوا على فقراء منزل كـذا وكذا فينفق ذلك على من وطن ذلك المنـزل، كان من نسب أهل ذلك المنـزل أو من غيره، وينفق عليه ذلك أيضاً في ذلك المنزل أو في غيره.

وإن أوصى أن ينفق عنه في منـزل كذا وكـذا على الفقراء، فينفـــق ذلك على جميع من وجـد في ذلـك المنـزل، من المسـافـر والسـائل وغيره إذا كـان من أهل المسكنة، ولا ينفق عنـه ذلك في غير ذلك المنزل، فإن وجـدوه خالياً فليأتـوا إليه بـالفقراء من المنـازل، فينفقـوا عليه فيـه، ولا ينفقـوا في غيره، فإنهم ما بين هـذه المسـائل الثلاثـة، وإن أوصى بكـذا وكذا أن ينفق عليـه في منـازل كذا وكـذا أو لمسجد كذا وكـذا، فوجدوا في تلك الناحية منـزلين ومسجدين، فليجعلوا ذلك أول منزل أو أول مسجـد، فإن لم يعرفوا الأول من تلك المنازل أو المسـاجد فيقسم ذلك بينهم في قول المرخصين.

وإن اقتسموا ذلك بينهم ثم علموا بعد ذلـك الأول منهم فقد أجزأهم في قول المرخصين، ومنهم من يقول: يعيد ذلك كله في الأول ويعتدوا بما جعلوا فيهم أول مـرة في القسمـة، وأصل المسألـة فيما يـوجبه النظر مـا جـوزّه الشرع فقـد مضى

لسبيله، وإن أوصى بكذا وكذا للعبيد أو للمشركين أو للكافرين أو اللاعنين أو للعاصين أو للشياطين أو المردة أو الجن أو الملائكة أو الأغنياء، فإنهم ينفقون ذلك على فقراء المسلمين، وهؤلاء الأصناف المذكورين ليسوا من أهل الصدقة، ولا تجوز لهم الوصية إلا لقوم مخصوصين، مثل العبيد أو المشركين أو الأغنياء فيجوز لهم على وجه الحق والصلة.

وأما الوصية على العموم، فليست بصلة ولا حق فتجوز لهم، فتعطى لفقراء المسلمين، لأنه قد أخطأ في وضع الصدقة فيصلح ذلك الخطأ بأن يجعل في فقراء المسلمين، ومنهم من يقول: لاتجوز تلك الوصية.

وفي الأثر: وإن أوصى لكنائس أهل الكتاب أو أوصى بكذا وكذا بُدنة ينحرها أهل الكتاب في كنائسهم أو لأعيادهم، أو أوصى لصنف من أصناف الملاهي كلها أو أوصى لما حرَّم الله أن يشترى من ماله فينفق عنه، مثل الخمر وجميع المحارم فلا يجوز، ومنهم من يقول: ينفقون ذلك على فقراء المسلمين، لأن الله عز وجل قال: ﴿فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً الآية﴾ [1].

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل بوصية للفقراء الذين خلف الماء فيتصدقوا بها على الفقراء الذين خلف الماء كما أوصى، ومنهم من يقول: يتصدق بها على فقراء أهل بلده وبلدنا هذه خلف الماء في قول بعضهم، وكذلك إن أوصى بعشرة

---

(١) البقرة: ١٨٢.

دنانير أن تنفق عليه ببغداد أو الأندلس أو غيرها من البلدان البعيدة، فينفق ذلك في البلد الذي أمر به الميت، ومنهم من يقول: بالرخصة أن ينفق ذلك في بلد الميت إذا منعوا من الوصول إلى تلك البلد مخافة على أنفسهم، وأصل المسألة فيما يوجبه النظر، ، أن أهل الصدقة معروفون وهم الفقراء، وإذا حضر الميت بها صنفاً ما، مثل إن أوصى أن يتصدق بكذا على فقراء بلد ما، فإذا امتثلوا ما أُمروا به فقد أدُّوا ما عليهم بالإجماع وهو الصحيح، فإذا وضعوها على الفقراء من غير تخصيص، فقد وضعوها في موضعها في قول بعضهم، وعلى قول الآخرين، قد خالفوا ما أُمروا به، فإذا خالفوا ما أُمروا لم يمتثلوا ما أُمروا به.

فإذا لم يمتثلوا فالحق باق عليهم، ويدل أيضاً على قول الأولين: أنه إذا أوصى أن يتصدق على الأغنياء أو العبيد أو المشركين فلا تجوز، وترجع على الفقراء من المسلمين، لأن الميت وضعها في غير موضعها، وأهل الصدقات معروفون، كان فيه دليل أن تخصيص الميت بها صنفاً من أهلها تخصيص تخيير لا تخصيص وجوب، وذكر الصدقة أيضاً أو الفقراء يدل على هذا، والقول الآخر هو الصحيح، لأن فيه براءة ذمة الورثة بالإجماع إلا بالضرورة، والله أعلم.

باب الوصية في الأجر وفي سبيل الله

وإذا أوصى رجل بكذا وكذا من ماله أن تكون حبساً في سبيل الله فلا يجوز عند أصحابنا من ذلك شيء.

وفي الأثر: سألت أبو المؤرج وابن عبدالعزيز في الرجل أوصى أن يجعل داره وأرضه أو شيئاً من ماله حبساً في سبيل الله، قال أبو المؤرج: سئل أبو عبيدة وأنا جالس عنده في ذلك، كان ابن عباس يقول: إنما كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء، فلما نزلت سورة النساء نسخت الفرائض الحبس، قال ابن عبدالعزيز: ليس في هذا اختلاف عند أصحابنا وفقهائنا الذين نأخذ عنهم، إنه لا حبس عن فرائض الله، إلا أن ابن عبدالعزيز قال: وأنا أُجيز من الحبس ما كان من سلاح يحبس في سبيل الله يقوى به المجاهدون في سبيل الله، قلت: فإن المجاهدين في سبيل الله الذين يحبس عنهم ويعطيهم إياه أهُمُ الذين يخرجون إلى الروم ويجاهدون؟ قال: هو سبيل الله لاشك فيه إن شاء الله، ومجاهدة أهل البغي من أهل التوحيد الذين نقضوا العهد وانتهكوا المحارم وهو أعظم الجهاد، وأكبر من هذا تديُّنهم وتقوُّلهم على ربهم أن الله أمرنا بهذا ودعانا إليه وفرضه علينا، قال ابن عبدالعزيز: فالتقوية بهذا السلاح الذي ذكرت أنه يُجعل في سبيل الله والذي

قوله: الذين يخرجون إلى الروم، فيه استفهام مقدر، على حد قولك: نعمة تمنها.

أعلمتك أُجيـز الحبس فيه وحـده من السلاح أن يجعل لإمـام المسلمين ومن قبله من المسلمين الذين فارقوا أقوامهم من أهل الأهواء المضلة والبدع الجائرة وأن يقووا ويعاونوا على من ناصبهم وباينهم من المخالفين لدينهم والصاديِّن عن سنَّة نبيهّم، قلت له: وكذلك لو حضر رجـلاً من المسلمين الموت وقال: اجعلوا كذا وكذا من مـالي في سبيل الله، ولم يسمِ جهاداً ولا تقوية المجـاهدين في سبيل الله، قال ابن عبـدالعزيز: إن كـان ذلك المال الذي جعله في سبيل الله سـلاحاً، فإني استحسن هنـا أن يقوى بـه المرابطـون في سبيل الله، وإن كان ذلك المال ذهبـاً أو فضة أو بقراً أو إبـلا أو أرضاً أو نحو ذلك مما يبـاع فإني أجعله في سبيل الله أو في حج أو عمرة أو صدقة أو عتق أو صلة قـرابة أو شيء من خصال الخير، فهو كله في سبيل الله حيث ماوجد من هذه الأمور التي ذكرت لك، فقد أجزأ عنه إن شاء الله، وقد أصاب في أنه جعلها في سبيل الله.

وفي الأثـر: وإن أوصى رجل بفرسـه أن يـركبه فـلان في سبيل الله مادام حيـاً فذلـك جائز، وكذلـك السلاح على هذا المعنى، وإن جعـل لذلك مـدة فهو إلى تلك المدة، وإن لم يجعل لذلك مدة فحتى يستوفي الثلث وليس له أن يستعمله في غير الوجه الـذي أوصى به، وكذلك إن جعل هذا الكتـاب أو المصحف أن يقرأ فيـه للثـواب، فـلا يجوز للورثـة أن يمنعـوهم لمن يقـرأ فيهم، إلا لمن خـافـوا أن يفسدهم، والله أعلم.

قـوله: فحتى يستـوفي الثلث، أي بأن يقدر ـاؤه في كل غزوة مثـلاً إلى أن يبلغ الثلث، والله أعلم.

وفيه أيضاً: وذكر عن عكرمة عن ابن عباس، قال: كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء، فلما نزلت سورة النساء قال رسول الله ﷺ: (لاحبس)، يعنى أن الفرائض نسخت الحبس، قال ابن عبدالعزيز: وأنا أُجيز من الحبس ما كان صدقة أو سلاحاً أو كراعاً في سبيل الله، فما كان من حبس من ذلك قد حبسه في سبيل الله في حياته وأمضاه فهو جائز من جميع المال، وما كان من حبس قال صاحبه: إن مات فهو حبس أو جعله في مرضه فهو من الثلث.

وفي الأثر: وإن جعل شجرة أو جباً أو نهراً للثواب فجائز، وكذلك المطحنة وكذلك جميع الحيوان والأمتعة، ولايجوز للورثة أن يمنعوا من ذلك أحداً ممن يجوز له الانتفاع بذلك، ولا ينتفع الورثة بشيء من ذلك إلا إن أذن لهم الميت إلى ذلك، وهذا كله إذا كانت وصية، وأما إذا جعل ذلك في حياته للأجر فورثته وغيرهم في ذلك سواء، لأنه لم تكن في حياته وصية، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض لمن يدفن فيها فلا يدفنوه فيها ولا ورثته، لأنها وصية، ولا وصية لوارث، وإن جعلها في حياته للمقبرة صارت للمقبرة وهو وورثته والناس فيها سواء، لأنها صارت مقبرة وخرجت من ملكه، وأما إذا أوصى بها للمقبرة فهي للمقبرة على قول بعضهم، ومنهم من يقول: يبيعون تلك الأرض ويجعلون

قوله: وأنا أجيز من الحبس الخ، لقائل أن يقول: ليس له أن يجيز شيئاً من الحبس، لأن لا حبس نكرة في سياق النفي، فتعمّ.

قوله: إلا إن أذن لهم الميت، يعني وأذن بعض الورثة لبعض، لقوله عليه السلام: (لاوصية لوراث).

ثمنها لمصالح المقبرة، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض للمسجد يجعلون ثمنها في المسجد على قول بعضهم، وعلى قول الآخرين: يمسكونها ويجعلون غلتها للمسجد ولا يجعلون ذلك لغير ما أوصى به، وكذلك أيضاً إن أوصى بكذا وكذا لمصباح المسجد أو لحصيرها أو لزقاقها أو لقلالها التي يسقون فيها الناس، فلا يجعلون ذلك للمسجد من هذه الوجوه التي أوصى بها لغير المسجد، ورخص بعضهم في ذلك، وكذلك ما بين المسجد والمصلى فلا يجعلون ما أوصى به إحدهما لغير ما أوصى به، ورخص بعضهم فيما أوصى به للمصلى أن يجعل للمسجد لأن المصلى تبع للمسجد، وإن أوصى للمسجد ولم يسمها بعينها، فإنهم يجعلون ذلك في مسجد منزله وهو أحق من غيره، وإن كان في منزله مساجد شتى، يجعلون ذلك في مسجده وهو أحق وأولى له، وإن لم يكن له مسجد فيجعلون ذلك في أقرب المساجد إليه. وقال بعضهم: يجعلونه حيث شاؤوا حيث لم يسم، وإن سمى مسجداً فلا يجعلون في غيره إلا إن خرب ذلك المسجد أو لم يصلوا إليه بمعنى من المعاني فيجعلوه في مسجد من المساجد غيرها، والأصل في هذا فيما يوجبه النظر، أن المساجد كلها لله، وإن كان الميت من أهل الخلاف ولم يسم مسجداً والورثة من أهل الدعوة فإنهم يجعلون ذلك لمسجد أهل الدعوة، وإن كانت امرأة فمسجد قرابتها إذا لم تسم مسجداً لأنها مسجدها.

وفي الأثر: وإن أوصى لمسجد أهل الخلاف أو لكنيسة اليهود فلا يشتغلون بذلك ويجعلون ذلك في مسجد أهل الدعوة، فدلَّ ذلك منهم أن وصيته لمسجد

أهل الخلاف خطأ منه، وضعها في غير موضعها فردوها في موضعها فلا بأس، لقوله تعالى: ﴿فمن خاف من موصٍ جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه﴾[1]، وإن أوصى بكذا وكذا لإمام مسجد كذا وكذا أو لمؤذنها أو لقائمها أو للتلامذة الذين كانوا فيه، فجائز، وإن بيَّن الميت الموصى له بذلك من هؤلاء فليدفعوها له، وان لم يبيِّن لهم ذلك فإنما ينظرون في ذلك إلى من كان في ذلك الوقت عند موت الموصي.

وفي الأثر: وإن أوصى لصفة معلومة من الناس ولم يقصدهم، فإنهم ينظرون إلى تلك الصفة يوم مات الموصي، ومنهم من يقول: يوم ينفِّذون الوصية: وذلك لأن القسمة لها تأثير في ذلك وقد ذكرناه، والله أعلم.

---

(١) سورة البقرة: ١٨٢.

باب الوصية بالحج والعمرة

والوصيـة بالحج جائزة، وأصل جوازهـا ماروي (أن المسلمين قالوا: يـارسول الله أنحج عن أبوينا؟ قـال: نعم: حجوا عنهم) فمضت السنَّة بهذا أن يحج عن الأمـوات، وإن مات ولم يـوص به بعـد ماوجب عليـه مات كـافراً كما قـال الله، وشـدَّد بعضهم قال: من تـركه بعـد مـالزمـه من غير عذر حتى يقضي الحجـاج مناسكهم فهـو هالك، وأصل المسألة هل هو فـرض على الفور أم على التراخي؟ وينبغي للمسلم أن يحج مرتين: الأولى فريضة، والثانية حـوطة ويوصي بالثالثة، وإذا أراد أن يوصي بالحج فيقول: أوصيت بكذا وكذا للحج أو أوصيت بالحج أو أن يُحجَّ عني فكل هذا جائز، وكذلك العمرة وإن كان إنما وجب عليه باستطاعة السبيل فليوصِ بـالحج والعمرة جميعاً لأنهما فريضتـان عند أصحابنا، وقـد ذكرنا ذلك في باب الحج وإن وجب الحج بـالحنث أو أحرم به فـانكسر فليس عليه أن يوصي إلا بالحج.

وفي الأثر: وإن أوصى بالحج ولم يذكر العمرة فليحج عنه، لأن الحج لايجب إلا وقد وجبت العمـرة، وقيل: بأن يحج عنه فقط وليس عليهم مـا لم يؤمـروا به، وإن أوصى بالعمرة ولم يذكر الحج فليس عليهـم إلا العمرة وإن أساغ الورثة ذلك يعني إذا أوصى بـالحج ولم يـذكـر العمرة لـوجـود الاختـلاف بين العلماء هل هي

قوله: وإن أوصى لصفة معلومة، أي لأهل صفة.

فريضـة أم لا ؟ وإن أوصى بكـذا وكذا دينـاراً لاحتياط الحج فليحجـوا عنه بذلك، وإن أوصى بكذا وكذا لطريق مكة فليصلحوا بها ماوعر من طريق، على ظاهـر لفظه، وقال بعض: يحجوا عنـه بذلك لأن الحج لايدرك إلا بـالزاد، وإن أوصى بالحج هكذا ولم يسم شيئاً مما يحج عنه فليستأجروا من يحج عنه بما شاء من ذهب أو فضـة أو متاع أو حيوان أو مـا أشبه ذلك من حيث لم يسـم شيئاً، وإن أوصى بكـذا وكـذا من مـاله للحـج أو في الحج فجائز، فإن الـورثـة أو الخليفـة يساومون فإن لم يصيبوا في ذلك إلا مـا يحج به عنه مرة واحـدة فليعطوه في حجة وإن أصابوا حجتين أو ثلاثًا فإنهم يعطون في كل سنة حجة لأنها لاتكون في السنة إلا حجـة واحدة كـالصوم إذا أوصى ثـلاثة أشهـر للقضاء فـلا يصام عنـه تلك الثلاثـة الأشهر في شهـر واحد، مثل: إن أراد أن يصـومهم ثلاثة مـن ورثته كل واحد منهم شهـراً مثل ذلك الحج يعطون في كل سنـة حجة، وإن بقي من ذلك مالم يتم به الحج فليساوموا بذلك فيما دون الميقات، وإن لم يصيبوا حجة تامة فيما دون الميقات فليشـاركوا لـه مع غيره ممن قلَّت وصـاياه مثله، ويكـون الحج بينهم على قدر أموالهم ولو اختلفت الوصايا في القلة والكثرة، والشركة في الحج إنما هي اثنان، وقيل : بالرخصة في ثلاثة وكذلك في العتق، وقيل: يشترك ما دون سبعة مثل البـدنـة، أعني مـاروي أنـه ﷺ (أجـاز أن تشترك الجماعـة

قولـه : مع صاحـب النافلـة ، ترك رحمه الله صاحـب الفريضة، ولعلـه لايصح لأنـه لايؤدى فرضان بفرض واحد والله أعلم .

في البدنة) ولا يجاوز بعددهم السبعة، ويشترك الرجل مع المرأة وصاحب الفريضة مع صاحب النافلة.

وفي الأثر: ولا يشاركوا صاحب الحج دون العمرة مع صاحب العمرة دون الحج، وصاحب العمرة دون الحج مع صاحب الحج دون العمرة، ويشاركوا لصاحب العمرة مع صاحب العمرة على ماذكرنا في الحج من الفريضة والنافلة والكثرة والقلة في الوصايا، وذلك فيما يوجبه النظر لأن الشركة إنما تجوز في الجنس، ولذلك قيدوا على ماذكروا في الوصية، وكذلك بين الحج والعمرة.

وفي الأثر أيضاً: ولا يشتركون مع الصبي أو المرأة أو العبد أو الخنثى والله أعلم. ولا يصح أن يحج الرجل عن نفسه وعن غيره معاً في حجة واحدة والله أعلم. وكذلك أيضاً الحج على الأموات وعلى الأحياء مختلف والله أعلم. وإن أوصى بحجتين أو أكثر ولم يجدوا في ثلث ماله أو في ما سمى إلا ما يقابل حجة واحدة فليعطوا ذلك عليه في الحجة الواحدة إذا لم يجدوا غير ذلك ولو كانت إحداهن فريضة والأخرى نافلة ويجعلون نواهم في ذلك كله على نوى الميت، وكذلك في العتق ولا تكون الشركة له في وصاياه لنفسه مثل غيره، أعنى في

قوله: ولايشاركوا صاحب الحج دون العمرة الخ، بقي عليه قسمان آخران: أحدهما اشتراك صاحب الحج دون العمرة مع صاحب الحج والعمرة، والثاني اشتراك صاحب العمرة دون الحج مع صاحب العمرة والحج، والظاهر الامتناع أيضا لأنه يشترط اتحاد الجنس والله أعلم.

قوله: ولايشتركون مع الصبي الخ، الظاهر أن هذا الأثر مقابل لما تقدم من جواز المشاركة بين الرجل والمرأة وهو المتبادر من اشتراط اتحاد الجنس.

حجتين أو ثلاثة أو أكثر والله أعلم . وإن اشتركوا له في حجتين مع رجلين مع كل واحد منهما حجة أو رقبتين مع رجلين مع كل واحد منهما رقبة فلا بأس بذلك ، لأنها شركة سواء كانت في وصاياه أو مع غيره ، وإن لم يجدوا مشاركة فليعينوا بذلك من قلَّت نفقته من الحجاج ، ويعطوا ذلك للواحد وللإثنين وما فوق كما شاؤوا ، وليعطوا للقريب والبعيد مالم يكن وارثاً للميت أو وارثاً للوارث هكذا ذكروا في الأثر.

وفي الأثر أيضاً : وإن أعانوا من عجزت عليه النفقة من الحجاج فقد برئوا من ذلك ويكون للمدفوع له ذلك ، وإن انكسر عليه العسر بمعنى من المعاني فإنه يرد ذلك لورثته ، ومنهم من يقول : يمسكه وليس عليه تباعة ولا وصية وليس على الورثة منه شيء ، وهذا القول عندي أشبه لقوله تعالى : ﴿يريد الله بكم اليسر﴾[1] ، وأما إن أعانوا به رجلاً فتبين لهم أنه عبد أو مشرك أو من لايجوز له الحج فإنه لايجزيهم ذلك والخطأ في الأموال لايزيل الضمان ، وكذلك من دفع وصية الحج لأحد من هؤلاء فلا يجزيهم ذلك ويضمن الورثة أو الخليفة ويغرموهم مادفعوا إليهم ، وأجاز بعضهم حج العبد عن الحرّ بإذن سيده ـ والله أعلم ـ لأنه

قوله : حجتين مع رجلين ، أي في غير سنة واحدة كما تقدم والله أعلم .

قوله : وإن انكسر عليه العسر الخ ، بأن كثر الخير وصار ما معه كافياً له واستغنى به عما أعانوه به فإنه يرده للورثة ، والحاصل أن من نظر إلى الانتهاء أوجب الرد ، ومن نظر الى الابتداء واجازة الشرع لذلك قال : لايرد والله أعلم ، وفي نسخة صحيحة : وإن انكسر عليه الحج وهي الظاهر لقوله بمعنى من المعاني .

مكلف مثل الحر في باب التكليف، وإن انقطع الطريق فإنهم يعزلونها ويدفنونها ويستشهدوا عليها العدول ولا يبرؤون منها ولا ينفقون منها إلا أن أذن لهم الميت، لأنها وصية لايعلمون فيها إلا ما أُمروا مع أنهم يرتجون أن يعملوا فيها بما أُمروا.

مســـــــألـة :

وإن أوصى بكذا وكذا لمن يحج منهم عنـه أو أن يحج منه أو أن يحج منها عنه فإن الورثـة يعطون لمن يحج عنه حجة واحدة، لأن من تـدل على البعض في كلام العرب ويأكلـون البقيـة، وقيل: ان تلك البقيـة لـلأقـرب لأنها وصيـة لم تتبين فرجعت إلى الأقرب، وإن أوصى بكذا وكذا ديناراً لمن يحج بهم عنه، ولو وجدوا من يحج ببعضهم عنه حتى يعطوهم كلهم لرجل واحـد كما قال الميت، وهذا منه وصيـة لمن يحج عنه، وإن قـال: أوصيت بعشرين دينـاراً لمن يحج بهم عني منهم فليعطوها عليـه لمن يحج عنه، وقد تمت الوصيـة بعشرة دنانير لمن يحج منهم عني بهم، فأنهم يأكلون البقية في هـذا الوجه، وقـد تمت الوصيـــة عند قـــوله: لمن يحج منهم عني، وقوله بهم بعد تمام الوصية باطل والله أعلم. وإن أوصـــى بعشرة دنانير لفلان أن يحج بها عنه فليدفعـوها له كما أوصى الميت ولا يعطوها لغيره، فإن أبى فليطلبـوه إلى ذلك حتـى يمـوت أو يجيب، وإن تلفت الـدنـــانير في تلك المدة فليس عليهم شيء إن يضيعـــوا والله أعلم. وإن قـال: حُجُّــوا عليّ أو حجـوا عني، فإنهم

مســألة :

قولـه: حتى يموت، لم يتعرض رحمه الله تعالى لما إذا مـات والظاهر أنها ترجع إلى الـورثة أو إلى الأقرب قياساً على المسألة الأولى والله أعلم.

يحجون عنه لأنها وصيـة، والوصية من الثلث ولأن الحج لايـدرك إلا بالزاد، وإن قال لهم حجوا: فليس عليهم شيء، لأن هذا أمر منه لهم.

وفي الأثر: وإن أوصى للحج بـالدنانير أو بالـدراهم فليس للورثة أن يـدفعوا للـوصي إلا الدنـانير أو الـدراهم، إلا إن جـوزهم الميت إلى غير ذلك فلهم ذلك كائناً ماكان، وإن أوصى بغير الدنـانير والدراهم فإن يبيعون ذلك بالدنانير فلهم أن يعطوا الـدراهم في الدنـانير، والدنـانير في الدراهم، ومنهم من يقـول: كل ما أوصى به للحج فجـائز لهم أن يدفعـوه لمن يحج عن وارثهم، وهذا القـول عندي أصح إلا إن لم يجدوا ذلك فليبيعوا بالدنانير أو الدراهم ثم يدفعوهم للوصي وإنما يراعى في ذلك ما يصلـح للميت والله أعلم.

مســــــألة:

وفي الأثر: وإنما يـدفع الورثـة أو الخليفة وصيـة الحج من بيت الميت، ومنهم من يقول: من قبره، ومنهم من يقول: من مصـلاة، وإن دفعوها من أي موضع أرادوا من منزل الموصي فقد أجزأهم، وإن دفعوها من غير منزله فلا يفعلوا ذلك، فإن فعلوا فقد أجزأهم فيما دون الميقات، والصحيح من بيته لأنها وصية، فعليهم أن يمتثلوا ما أُمروا به ولا يدركون هذا إلا بموته.

وفي الأثر: ويحج عن الميت من بيته الذي مات فيه أو في غيره أو أوصى فيه أو

قوله: يدفعونه: أي الورثة للوصي، والوصي يدفع لمن يحج.

في غيره إلا إن مات على طـريق الحج وهو ينـوبه فليحج عنـه من الموضع الذي مات فيه . وفي الأثر: سئل عن قـوله : تمام الحج أن تحرم من دويرة أهلك؟ قال : هـو أن تخرج من أهلك لا تـريد إلا الحج والعمـرة وتهلّ من الميقـات الذي وقتـه رسول الله ﷺ ليس أن تخرج لتجارة أو حاجة حتى إذا كان قريباً من مكة قال : لو حججت أو اعتمرت . فهذا الخبر فيما يوجبه النظـر أثبته حجاً ، غير أن من تمامه أن يقصد من منزله ، وهذا في الحي والميت أشد من هذا لأنه وصية ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصـى بحجات مفترقـات إن كان يجاور الـوارث أو الوصي بالمدينة حتى يقضيهن ، قال : لايفعل ذلك فإن فعل فلا بأس .

وفي الأثر: إذا مات الحاج في طريق الحج فليسيروا عنه في ذلك الموضع الذي مات فيه ، وإن لم يفعلوا ذلك حتى ساروا يـوماً أو يومين أو أقل من ذلك او اكثر فليسيروا عنه من ذلك الموضع وليُكروا عليه مـن يسير من الموضع الذي مات فيه إلى الموضع الـذي ساروا عنـه منـه ، وإن لم يجدوا فليسيروا عنه من الموضع الـذي اعطوا منه الحج عليه إلى الموضع الذي مات فيه راجعاً ولا بأس بذلك ، وسواء في ذلك رجعوا من الطريق الأول او غيره إذا تعذر الطريق .

مســألة :

قوله : لو حججت أو اعتمرت الخ ، يعني فنوى الحج او العمرة من هناك فإن حجه صحيح إلا أنه غير كامل حيث لم يخرج على نيته ابتداء .

قوله : فليسيروا عنه ، يعني إذا أوصى .

مســـــــألة :

وإنما ينبغي للورثة أن يدفعوا وصية حج وارثهم للمسلم الذي قد حج لنفسه قبل ذلك ولايدفعونها لمن يحج لنفسه، لأن بعض العلماء لم يجوزوا ذلك لقوله عليه السلام للذي سمعه يلبي عن الغير: (إنْ كنت حججت لنفسك وإلا فحج لنفسك ثم حج عن غيرك) [1] ، وبعض جوَّز ذلك على معنى الإجارة، وإن لم يجدوا مسلماً فليدفعوها لمن وجدوا من أهل الدعوة ممن يرجى فيه الصدق والأمانة، وإن لم يجدوا إلا المخالفين فليدفعوها لمن لم يخافوا منه أن يأكلها، ويحج الرجل عن الرجل، والرجل عن المرأة، والمرأة عن الرجل فيها قولان: بعضٌ جوَّز وبعض منع، وذلك فيما يوجبه النظر لأن المرأة ناقصة عن الرجل في بعض المناسك والله أعلم. ولا يحج الرجل إلا عن المتولى أو المتولاة، ومن حج عن المنافق أو المنافقة فقيل: انه هالك، لأنه إن أكلها ولم يحج عنه ولم يوص بها فقد هلك لأنه خان، وإن حج بها ولبّى له واستغفر له، فقد هلك أيضاً والله أعلم. والوصي لايصيب مثل مايصيب من يحج لنفسه في إماطة الأذى أو الضحية إذا لم يجد فلا يصيب أن يصوم لها مثل من حج لنفسه لأنه أخذ بإجارة، فعليه أن يأتي به كاملاً والله أعلم. وإن حضره الموت في الطريق قبل أن يحج فليوص لمن يحج

---

(١) تقدم ذكره في كتاب الحج .

قوله : فقد هلك من أجاز أن يحج عنه ، يقول : يلبي عنه ولا يستغفر فلا يهلك .

عن صاحب الـوصية وإن لم يـوص فعلى ورثته أن يـردوا المال على ورثة الميت الأول وليس عليهم ذلك، وقال بعض: لايـردوا على الورثة شيئاً ولكن يـدفعونها لمن يحج عنه، وهذا القول على قول من جوّز للأجير أن يصرفها حيث شاء ويلزمه زكاة ذلـك المال ويجب عليه أن يحج، وإن مات قبـل أن يحج فليوص بـه ولا يرد المال، ومنهم من يقول: لايصنع في المال شيئاً إلا مقدار عناه، وقال بعض: ليس له في الوصية شيء حتى يحج لأن الحج لايصح إلا بتمامه، وقد ذكرنا هذا في بابه.

وفي الأثر: وإذا أخذ الـوصي وصية الحج من الورثة فلا يـردوها له إن طلب ذلك إليهم وإن ردوها فهم ضامنون حتى تصل، ومنهم من يرخص أن يردوها له إذا طلب ذلك إليهم ما دام الشيء الـذي أعطوه قائماً بعينه، فإن هلك مـا أعطوه ثم ردَّ لهم غير ذلك الشيء لايردوها له، والأصـل في المسألة إنما لايجوز لهم الرجوع لئـلا يدخل عليهـم التضييع فيضمنوا، والله أعلم. ولا ينبغي للعـاقل أن يأخـذ وصية غيره لأنه أجير لغيره، وهو من الذين قيل فيهم: أنه لايبارك في أرزاقهم.

وفي الأثر: والورثـة إذا أرادوا أن يدفعوا وصية الحج فليقولوا لـه: هذه وصية فلان قد دفعناها لك على أن تحج عنه أن تحرم من الميقات وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب وتفعل في مناسكك كما يفعل المسلمون في مناسكهم وتجتنب فيه مايجتنبون، ومنهم من يقول: يقولون له هـذه وصية فلان وارثنا قد دفعناها لك

قوله: فلا يردوها، أي فلا يقبلوها منه.

على أن تحج عنه وتفعل في مناسكك مايفعله المسلمون في مناسكهم وتجتنب فيهم مايجتنب المسلمون، ولايحتاجون إلى أن يقولوا له : أن تحرم من الميقات وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب ، وإن دفعوها له على هذا الشرط فقبلها فقد لزمه أن يأتي بها على حسبها ولايجوز لـه أن يضيعها لأنها أمانة في عنقه يسأل عنها يوم القيامة، ومن أخذ وصية الحج فلا يتمتع بالعمرةِ إلى الحج ولايقرنهما إلا إن أخذها على ذلك ، ومن أخذ وصية الحج فأحرم فانتقض عليه فإنه إن أصاب في تلك السنة مايعيد فيه الإحرام ويتم حجه فليفعل : وإن لم يجد فليحج من قابل ولايحتاج في ذلك إلى إذن الورثة لأن هذا عليه واجب . ومن أخذ وصية الحج فتمتع بغير إذن الورثة ، منهم من يقول : يجزيه ، ومنهم من يقول : لايجزيه ، وذلك فيما عندي لأنه فعل ما لم يؤمر به فخالف ، وعلى القول الأول جائز كما للحي ، والله أعلم . وإنما يلبي الوصي على الميت ولايلبي على نفسه ، يقول : اللهم لبيك على فلان بن فلانة ، وإن لم يعرف اسم أمه يقول: اللهم لبيك على فلان بن فلان، وإن تشاكل عليه اسم أبويه جميعاً فليقل على فلان هكذا ويعني الموصي. وإن تشاكل عليه اسم الموصي فليلب على صاحب الوصية هكذا ويعنيه في نفسه ، وإن لبى على نفسه ولم يلب على الميت من بدء احرامه إلى آخره فلا يجزيه للميت ويجزيه لنفسه ويعيد على الميت

قوله فإنه إن أصاب في تلك السنة الخ . هذا مخالف لما ذكره الشيخ إسماعيل رحمه الله من أنه إذا فسد عليه حجه أتمه وأهدى بدنة وأعاده من قابل باجماع ، وهذا الذي ذكره المصنف رحمه الله منقول من الديوان وهو غير ظاهر والله أعلم .

من قابل ، وإن لبى على الـوصي أولا في بـدء احـرامـه ثم رجع فلبى على نفسـه بالعمد أو الخطأ فقد أجزأته تلبيته الأولى على الميت والله أعلم .

وفي الأثر : ومن تطـوع على الميت فنفذ وصايـاه من مالـه دون مال الميت من حج أو عمرة أو صدقة أو ما أشبه ذلك فقد أجزأ ذلك عن الميت والورثة والخليفة إذا لم يجعل نواه على أن يأخذ منهم فليعطـوه مثل مايعطي لغيره في الذي نفذ فيما بينـه وبين الله ولايدرك ذلك عليهم في الحكـم ، ولايجوز لخليفة الميت على وصيـة الحج أن يحج عنه بنفسـه ويمسك الوصيـة إلا إن أمره الميـت بذلك أو الـورثة ، ومنهم من يقول : يجوز له ذلك لأنـه في مقامه ، وأما الـورثة فجائز لمن أراد منهم أن يحج على وارثهم ويمسك تلك الـوصيـة لأنهم في مقـام وارثهم فيجب عليهم إنفاذها ، وإن حج عنه أحدهم بنفسه فقد أجزأ عنه لقوله عليه السلام : (حين سألوه أنحج عن أبوينا؟ قال نعم : حجوا عنهم) [1] ، وإن حج عن الميت اثنان من الورثة فإنما ينظرون إلى من أحرم منهما أولاً فتصح له الوصية .

وفي الأثر : وإن أوصى ببستان أو ما أشبه فقال لورثته : من حج منكم عني فليأخذ هـذا البستان أو غير البستان فـذلك جائز ، فمن حج منهم عنـه أخذه وإن تسارعـوا إليه فليتفقـوا فيما بينهم ، وإن اتفقوا على واحـد منهم أن يحج عنه فجائز ، ويأخذ ذلك إن وسعه الثلث ، ولايكـون ذلك مثل الوصية ولكنه إجارة ولاينظر فيه إلى عناه حين وسعـه الثلث ، والوصية بالعمرة مثل مـاذكرنا في وصية الحج في فـرضهـا ومن تـدفع لـه وفي المكـان الـذي تـدفع منـه وكيف يعطـونها ومساومتها والشركة فيهـا والإعانة بها ، إلا أنها تقع في كل وقت ليست مثل الحج في ذلك ، والحج لايقع إلا في أيامه ومشاهده والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

باب الوصية بالعتق

والوصية بالعتق جائزة ، أصلها سائر الوصايا ، وفي الأثر : وإذا أوصى لرجل بعشرين ديناراً للعتق فمات ، فوجد الورثة رقبة سالمة بعشرة دنانير فلا يعتقونها ولكن ليعتقوا رقبة سالمة يساوي ثمنها عشرين ديناراً من غير نقصان ، والفرق بين هذه المسألة ومسألة الوصية بعشرين ديناراً للحج الاختلاف الموجود بين رقبة تساوي عشرين ورقبة تساوي عشرة وليس كذلك الحج ، أعني الحج لايختلف في نفسه لاختلاف الأجرة عليه من القلة والكثرة ، والله أعلم . وكذلك إن أوصى بعشرين ديناراً ليعتق بها عنه رقبة فلا يعتقوا عنه إلا رقبة يكون ثمنها عشرون بلا نقصان كما أوصى .

وفي الأثر : وإن أعتقوا بما دون ذلك ثم أعطوا البقية للمعتوق فلا بأس بذلك والله أعلم . وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق منهم عنه فما وجدوا به رقبة سالمة فيعتقونها عنه ويأكلون البقية لأنه إنما أوصى أن يعتق منهم ، ومَن في كلام العرب تأتي للتبعيض كما ذكرنا قبل هذا في باب الوصية بالحج والله أعلم . وإن أوصى أن يعتق عنه خادم له فلانة فمات فضيع الورثة ولم يعتقوها حتى ماتت فعليهم أن يعتقوا مثلها ، لأنهم ضيعوا فلزمهم مثلها لعلة التضييع ، وإن حدث بها عيب لم يجزه العتق ، وقد يرجى برؤه ، فقد ذكر في الأثر : أن ينتظروها حتى تبرأ ، وأما العيب الذي كان معها في حياة الميت فيعتقوها معه ، وإن كان ممن لايجزي في العتق فليس عليهم غير ذلك إذا كان فيها قبل الوصية لأن

الميت أمرهم بذلك ، وكـذلك إن ماتت قبل موت الميت أو استحقت قبل مـوته أو بعد موته فليس عليهم عتق غيرها ، لأن الميت أمرهم أن يعتقوا مالا يملك في باب الاستحقـاق ، وكذلك إن ماتت قبل موت الميت أو استحقت قبل مـوته أو بعد مـوته فليس عليهم عتق غيرها ، لأن الميت أمرهـم أن يعتقـوا مالا يملك في بـاب الاستحقــاق ، وكـذلـك مـوتها قبل الميـــت ليس عليهم ضمان لأنهم لم يضيعوا، والله أعلم . وإن أعتق تلك الخادم الوارث عن نفسـه في دين كان عليه فعتقه إياها جائز ، وتجزى عنه في دينـه ويكون عليه ضمان الوصية أن يعتق رقبة مثلها سالمة ويكـون ولاؤها للورثة وولاء الأولى لـه دونهم ، فهذا لأن الخادم ما لم يعتقـوها عن الميت لهم وإنما عليهم ان يفعلـوا ما أمـروا ، وليس موت الميت ممـا تعتق به ، ولكن عليهم ان يعتقوهـا كما أمروا بعد موتـه ، فإن لم يفعلوا لم يمتثلوا ما أمـروا به ولا تخرج حرة إلا إن اعتقـوها كما ذكـرنا ، فإن قال قـائل : فعلى هذا المعنى إذا باعها أو وهبها فبيعه وهبته جائزة وعليه ضمان الوصية ، قيل له : نعم ، ولكن عليـه ان يطلبها حتى يشتريها فيعتقهـا عن الميت ، وإن اعتقت في يـد الآخـر أو مـاتت أو حـدث بها عيـب لم يجزه العتق فيعتق مكـانها أخـرى ، وإن هربت منـه أو غصبت فليطلبها وينتظر قدومها ويعتقهـا ، وإن هلكت بالموت أو حـدث فيها العيب الـذي ذكرنـاه فليعتق غيرها ، وإن أعتقهـا هناك فعتقـه جـائز، ولكن إذا دخلت يـده قبل مـوتها أجـزأت عنـه ، وإن مــاتت هنـاك

قوله : إذ باعها أو وهبها ، أي الوارث .

فيعتق غيرها ، لأن عتق الآبق أو المغصوب لايجزي عن الدين كما لايجوز بيعه والتصرف فيه ، وإن رجعت إليه وقد حدث فيها عيب لم يجز معه العتق أجزأت عنه إذا كان حدوث العيب بعد العتق والله أعلم . وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق بها عنه عبد فلان وهو معروف فليعتقوه عنه مع العيب الذي كان فيه في حياة الميت وإن كان ممن لايجزي في العتق ، وإن كان العيب بعد موت الموصي فلينتظروا برأه ، وإن كان ممن لايبرأ فيعتقوا غيره . وإن مات العبد قبل موت الموصي أو خرج حراً فليعتقوا غيره ، لأن الوصية في هذه المسألة إنما وقعت على الدنانير ثم أمرهم بعد ذلك أن يعتقوا بها عنه عبد فلان فلا تبطل الوصية لموت العبد ولا لغير ذلك من الوجوه ، وإن غاب العبد ثم جاءهم خبر موته كما يموت غيره من الغياب في ظاهر الاحكام فليعتقوا غيره ، وإن قدم بعد ما أعتقوا غيره فلا شيء عليهم لأنهم لم يضيعوا وعملوا بالعلم ماعلموا ، ومنهم من يقول : عليهم أن يعتقوه وإن أعتقوا الأول ، فهذا منهم يدل على أن الخطأ لايزيل الضمان وإنما يحط الاثم لاغير ، وعلى القول الأول حين أمروا بعتق غيره ففعلوا ما أمروا به صح فعلهم ، لأنهم كيف يؤمرون بفعل يكون إن لم يمتثلوا عصوا ، وإن امتثلوا لم يخرجوا من الوجوب فصح الفعل لوجوب الامر والله أعلم . وكذلك على هذا الاختلاف جميع ما أوصى به الميت إذا كان معينا لوجه كذا وكذا من وصيته إذا تلفت من غير تضييع من الورثة ثم وجده بعد ما أنفذوا

قوله : لايجزي عن الدين ، يعني لايتيقن فيه براءة الذمة .

قوله : لوجوب الأمر ، في نسخة لوجود ، أي لوجوب امتثال الأمر .

الوصية من غيره والله أعلم . وكـذلك إن اشترى الـورثـة الخادم التي أوصى بها الميت وهي ذات رحم محرم من الميت بالنسب فلا تخرج بالميت بعد موته وتجزي عنه في العتق ، وأما إن كانت ذات رحم محرم من أحد الورثة بالنسب فإنها تخرج حرة مـع الشراء ولاتجزي عن الميت ويكون ضمانها على الـذي خرجت بـه ، سواء اشتراها بنفســه أو اشتراها غيره مـن الورثة أو الخليفـة فإنها تخرج حـرة به فيلـزمه ضمانها ، ولاتخرج حرة إذا كانت ذات رحم محرم بالنسب من الخليفة إذا كان من غير الـورثـة ، ولكن إذا أراد الورثـة أن يعتقـوهـا عن الميت وهي ذات رحم محرم بالنسب من أحـدهم فليطلبوا مـولاها أن يعتقهـا عن الميت ثم يعطوه ثمنهـا بعد ذلك ، فإن أبى عليهم فينـوون شراءهم فيهـا هـو عتقهـا عن الميت فتخـرج عن الميت في وصيته والله أعلم . وإن اشترى هذه الخادم التي أوصى بها الميت واحد من الورثة ثم اعتقهـا في دين كان عليه هو لنفسه أجزأ عنـه ويكون عليه ضمان الوصية لأنها ماله ما لم يعتقها ومـا ولدت بعد شرائه إياها وقبل عتقه لها فهم له عبيد ، وإذا تسراها فيثبت نسب أولادها معها ، وبالجملة فهي له ما لم يعتقها عن الميت والله أعلم . وإن أوصى الميت بعتق رقبة ولم يسم شيئاً فأعتق الخليفة من الخدام التي ترك الميت فعتقـه جائز عن الورثة ولو كـانت كثيرة الثمن ما لم يجاوز الثلث ، وما جـاوز الثلث فهو له ضـامن ويكون عتقه جـائزا ، وكذلك عليـه ضمان غيرها من وصـايا الميت فيما يقـابل ثلث مـاله منهـا ولكن لايجوز للخليفة أن يعتمد ضرر الورثة لغير حاجة ، وإن اعتق الخليفة من خدم الورثة وليست من الخدم التي تركها الميت لم يجز عتقـه إياها لأنه لم يستخلف على غير

ماتركه الميت ، وإن أعتق الخليفة الطفل عن الميت كان عليه نفقته حتى يبلغ دون الورثة لأنه لم يؤمر بذلك ، وإن كان الميت هو الذي أوصى بعتقه كانت نفقته على الورثة دون الخليفة ، وما أعتقه الميت في مرضه ففيه اختلاف بين العلماء ، قال بعضهم : هو من الثلث ، وذلك عندهم لأن المريض كالمحجور عليه ماله فلا يجوز له فيه غير الثلث فيكون عتقه من الثلث ، وقال آخرون : هو من جميع المال إذا كان عتقه في حياته ، وكذلك أيضاً إن أمر رجلاً أن يعتق عبده في صحة منه ولم يعتقه المأمور إلا بعد ما مرض الآمر ، وكذلك أيضاً إن علّق عتق عبيده إلى وقت معلوم أو إلى مشيئة فلان أو إلى قدوم فلان ، فكان ذلك في مرض السيد فقد خرج العبيد أحراراً ويستسعون بما فوق الثلث على قول من جعل العتق من الثلث أعني عتق المريض ، وإن أعتقه في مرضه وقد أحاطت الديون بماله فإنه قد ذكر في هذه المسألة أبو عبدالله في كتابه أو ماهو في معناها عن بعضهم أن العتق ماضٍ ويسعى بثلثي قيمته للغرماء وهو قول موسى بن علي . وقال بعضهم : العتق باطل لأن العبد مستحق للدين . وهذا هو القول عندنا لأن الدين فرض والوصية تطوّع ، والذي يعجبني في هذا قوله من قال : يسعى بقيمته للغرماء لما فيه من الاحتياط بين العتق ودين الغرماء والله أعلم . وقد ذكر أيضاً أبو عبدالله محمد بن بركة في كتابه : وأجمعوا أنه لو أعتقه في صحته وعليه دين يحيط بثمن العبد أن العتق ماضٍ لأن الدين في حال الصحة متعلق بالذمة ، وإذا زالت الذمة

قوله : والذي يعجبني الخ ، هذا هو الذي جزم به في الديوان ، ثم قال : وقيل غير ذلك .

انتقل إلى التركة، وأجمعوا أنه لو أعتقه وقد حكم عليه الحاكم بالدين للغرماء وحجر عليه الحاكم ماله أن عتقه باطل، واختلفوا فيه إذا أعتقه وقد حكم عليه بالدين وليس في ماله وفاء بما عليه وأعتقه قبل الحجر، قال بعضهم: عتقه ماضٍ ما لم يحجر عليه الحاكم، وقال بعضهم: عتقه باطل، والنظر يوجب عتقه مالم يحجر عليه الحاكم لأن له التصرف في ماله وإخراجه من يده قبل الحجر والله أعلم.

وفي الأثر: وإن أوصى أن تعتق عليه رقبة في منزل معلوم فجائز ويعتقونها عليه في ذلك المنزل، وكذلك إن أوصى بجنس معلوم أن يعتقوه عليه على هذا الحال، فإن أعتقوا عليه من غير ذلك الجنس أو في غير ذلك المنزل فجائز، ومنهم من يقول: إن أعتقوا من غير ذلك الجنس فلا تجزيهم، وهذا القول عندي أصح غير أن بني آدم كلهم جنس واحد والله أعلم.

وفي الأثر: وإن أوصى بعتق هذا العبد فمات فقد خرج حراً ولو لم يعتقه الورثة، ومنهم من يقول: لايعتق حتى يعتقه الورثة. وأما إن أوصى أن يعتق عليه هذا العبد فلا يعتق حتى يعتقوه، وإن ضيعوه أو لم يعتقوه حتى مات فهم ضامنون لقيمته إن وسعه الثلث، وإن كانت أمة فولدت قبل أن يعتقوها فولدها عبد، وأحكامها أحكام الأمة مالم يعتقوها وغلاتها كلها لهم وعليهم جناء ما يلزمها فيما دون قيمتها وأفعالهم فيها كلها في كل ما لم يخرجها من الملك جائزة لهم مثل التزويج والظهار عليها والطلاق والتسري والعارية أو الخدمة، فإن استمسكت بهم على أن يعتقوها فلا يجبرهم الحاكم على ذلك، ومنهم من يقول:

يجبرهم، وذلك فيما يوجبه لتعلق حق الأمة في ذلك، وعلى القول الأول يلزمهم فيما بينهم وبين الله كسائر الفرائض فلا جبر عليهم، ولكن يؤمرون بذلك والله أعلم. وإن أوصى لعبده بالمال فليس في ذلك شيء على قول بعضهم لأنه بعد موته للورثة ولا وصية لوارث، ومنهم من يقول: ذلك جائز، وإن كان ما أوصى به قدر قيمته فقد خرج حراً وإن كان أقل من قيمته فقد عتق أيضاً ويستسعي بما بقي من قيمته، وجعلوا ذلك بمنزلة من أوصى له بنفسه لأنه ماله والله أعلم. وإن أوصى بعتق رقبة قد كان له فيها نصيب فلا يعتقها الورثة إلا إن ملكوها كلها وإن لم يجدوها فليشتروها لأن ذلك فساد الأموال ودخول المضرَّة على الشركاء، ومن فعل ذلك متعمداً فقد عصى ربه وضمن لشركائه قيمة أنصبائهم كما قال عليه السلام: (من أعتق شقصاً في عبد قوِّم عليه) [1] والله أعلم.

وفي الأثر: وإن كان عنده عبد وأمة فأوصى بعتق واحد من عبيده فليعتقوا عنه من أرادوا منهما، وإن قال: أعتقت واحداً من عبيدي ولم يسمه فقد خرجا أحراراً ويستسعيان، لعله أراد بقيمة كل واحد منهما.

وفي الأثر: ومن مات وترك أم ولده وقد ترك معها ولداً فإن فيها أقاويل؛ من العلماء من يقول: خرجت حرة من جميع المال، ومنهم من يقول: خرجت من الثلث، ومنهم من يقول: خرجت من نصيب ابنها ولايضمن أكثر من نصيبه

قوله: ذلك جائز، الظاهر أن هذا مبني على القول بأن الوصية للعبد يملكها العبد وليست للسيد.
قوله: لعله أراد، الظاهر أنه أراد لنصف قيمتها، لأنه قد يكون بينهما التفاوت كما هو ظاهر والله أعلم
قوله خرجت من الثلث، ينظر ما الحكم إذا لم يسعها الثلث.

---

(١) تقدم ذكره.

من الميراث، ومنهم من يقول: يضمن أكثر من نصيبه للورثة، ومنهم من يقول: تستسعى بقيمتها للورثة إلا ما ينوب ابنها، ومنهم من يقول: يأخذ غيره من الورثة من المال ما ينوبهم من قيمتها ويقتسمون القيمة، وقد اتفقوا جميعاً أنها حرة. لكن اختلافهم هل هي حرة من جميع المال أو من الثلث؟ أو هل يضمن من خرجت به للورثة أولا؟ والذي يوجبه النظر أن من قال: إنها حرة من جميع المال يؤول إلى قول من قال: إن أم الولد حرة لأنها لاتباع لورود النهي في ذلك، ومن قال: حرة من الثلث، فلأنها عتق بعد الموت أصله سائر الوصايا، ومن قال: بتضمين ابنها للورثة، فلأنها خرجت بسببه، ومن قال: تستسعى بقيمتها للورثة، فلأن ابنها لم يكن منه فعل يجب عليه فيه ضمان والله أعلم.

قوله ان أم الولد حرة الخ، المناسب اسقاط قوله حرة، فيقول مثلاً: ان أم الولد لاتباع الخ

فصـــــل

وإذا دَّبر الـرجل عبده إلى موته أو إلى مـوت عبده أو موت غيرهم فهـو تدبير جـائز، وفي كتـاب أبي عبـدالله: واختلفـوا في التـدبير في حـال الصحـة، فقـال أكثـرهم: التدبير في الصحـة من رأس المال، والتـدبير في المرض من ثلث المال، وقـال آخـرون: تـدبير الصحـة والمرض من الثلـث، وهـذا أنظـر لأن العتق يقع بالموت، ألا ترى أن الوصيـة في الصحة والمرض ترجع إلى الثلث والعتق مثله والله أعلم؛ ولايجوز بيع المدبـر ولا هبتـه، وفي كتـاب أبي عبـدالله أيضـاً: اختلف أصحابنا في بيع المدبر، قال بعضهم: جائز في العتق وثبوت الرق عليه، والتدبير عتق بصفة مالم تقع الصفة، فالـرق ثابت والبيع جائز، وقال آخرون: لايجوز بيع إلا للعتق ويجوز بيعه عند هـؤلاء في الديْن ويكون في المصر الذي يكـون فيه المدبر عليه، وقال بعضهم: لايجوز بيع المدبر على كل حال لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[1]، وهذا عقد عقده المدبر على نفسـه وفيه حقان: أحدهما للمدبر، والآخر لله تبارك وتعالى، والصحيح لايجوز بيع المدبر لأنه بيع غرر ولأنه

فصـــل

قـوله أو إلى مـوت، ذلك يعني فلا يجد إلى بيعـه سبيـلاً، ويجعل مع الأحرار عنـد المصلي مثلاً، وانظر هل له في هذا التدبير أجر.

قولـه: لأنه بيع غرر الخ، هـذا ظاهر إذا لم يكن لتنجيـز العتق وهو الظاهـر، أما في المنع من الضرر بالعبد في هذه الصورة والله أعلم.

---

(١) تقدم ذكره.

لايدر كم يعيش هذا الذي دبـره إلا إن باع خدمته من نفسـه فإنه ليس بين العبد وسيده رباً، والأمة إذا دبـرها سيدها وهي حاملة فهي مدبـرة مع مافي بطنها لأنه تبع لأمه ولو وضعته قبل موته، وما ولـدته بعد ذلك فهو عبد إلا ما كان في بطنها عند وقوع العتق فهو حـر مثلها، وإن دبرها قبل موته بمـدة معلومة أو قبل موتها هي أو قبل موت غيرهما من الناس فهـو جائز، وكذلك إن دبرها بعد مـوته بمدة معلومة أو بعد موتها أو بعد موت رجل آخر غيرهما، وكذلك إن دبرها إلى موته أو إلى موتها أو إلى موت رجل آخر غيرهما فجائز، لأن التدبير عتق بصفة، وأصله أن يكون دبـر الحياة، والذي قلنـا في جميع ما ذكرنـاه قبل الموت أو بعد الموت لمدة معلـومة، وأمـا إن دبـرهما قبل موتـه أو قبل مـوتها أو قبل موت غيرهما لغير مـدة خرجت حرة عند تمام كلامه، وكذلك إن دبـرها بعد موته أو بعد موتها، وكذلك إن دبـرها بعـد موتـه بلا مـدة والله أعلم. وحكم المدبـرة حكم الأمة مـا لم تخرج بالتدبير.

وفي الأثر: قلت لأبي المؤرج: هل يطأ الرجل مدبـرته؟ قال: لا بأس بذلك، وقال: وكذلك حدَّثني وائل ومحبوب عن الربيع وأخبرني أبو غسان أنه لابأس أن يطأ الرجل مدبـرته، وقال ابن عبدالعزيز: ليس بين الفقهـاء ممن خالفناه ووافقناه في هذا اختـلاف، إنما اختلاف منا ومنهم في وطء مكـاتبته هم يوسعـون له ذلك ويجيزونه له لأنها عندهم أمة، وكذلك المدبرة أيضاً هي عندهم أمة كما هي عندنا يجوز له وطؤها، وقلنا نحن: لا يجوز له وطء مكـاتبته ويجوز له وطء مدبرته، لأن مـدبرتـه أمـة ولأن المكاتبـة حـرة لايجوز لـه وطؤهـا، ولا يجوز لأحـد الرجـوع في

قوله: بعد موته، أي إلى موته.

مدبرته لأنه عتق بصفة لايجوز الرجوع فيه، وفي بعض الآثار: سألت أبا المؤرج عن رجل قال: إن مت في مرضي هذا فغلامي حر لوجه الله، قال: لم يرجع فيه إن شاء، قال ابن عبدالعزيز: ليس هو مثل إن مت فغلامي حر لأنه لايستطيع أن يرد هذا، وأما إن قال: إن مت في مرضي فلم يمت في مرضه فهو غلامه يرجع في ماله، قلت: فالمدبرة تلد في تدبيرها، قال أبو المؤرج: حدثني أبو عبيدة أن كل ما ولدت المدبرة في حياة سيدها الذي دبرها فهم عبيد، وما ولدت بعد موته فهم أحرار، لأنها إنما ولدتهم بعدما خرجت حرة، وكذلك قال عبدالله: وروي إلى محبوب عن الربيع ليس بينهم في ذلك اختلاف، قلت لابن عبدالعزيز: هؤلاء يقولون ويروون عن فقائهم أن أولاد المدبرة يرقون برقها، ويعتقون بعتقها، قال لي: فمتى يجب للمدبرة عتق؟ قلت: بعد موت سيدها، قال: أليس هي أمة ما لم يمت سيدها؟ قلت: بلى: فأولادها قبل أن يجب لها عتق ما منزلتهم؟ قلت: يرقون برقها، فإذا مات سيدها يعتقون بعتقها، قال: كيف يكون ذلك وما لم يدبرهم المولى ولم يجعل ذلك لهم كما جعله لأمهم، وإنما قال للأمة: إذا متُّ فأنت حرة، فتجعل هذا القول منه تدبيراً لولدها وهو لم يفعل ذلك لهم ليس هذا من قول أحد يفعل، قلت له: مثّل لي قولكم في المدبرة مثلاً أحتذي عليه وأقوى به وفرّقه لي فرقاً حسناً واضحاً، وقس لي مافيه قياساً بّيناً، قال: نعم، قد كفانا ذلك الشيخ أبو عبيدة، قلت: وقد قال في ذلك قولاً، وقد قاس فيه قياساً بيّناً واضحاً، قال: نعم: قلت: وماهو؟ قال: سألهم عن رجل جعل نخلاً له بعد

موته في سبيل الله ، هل له أن يأكل من رطبها وبسرها ويبيع منها ويهب منها في حياته ويغرس من فسيلها في أرض أخرى؟ قلت : وماعسى أن يقولوا إلا أن له ذلك ، قال : فإذا قالوا ذلك فما الذي بقي في أيديهم؟ كذلك إن قلنا أن كل ماولدت المدبرة فيهم بيد له يستخدم ويبيع ويهب ، فإذا مات فالام التي جعل لها ذلك حرة ، وما بقي من ولدها فهم له كما للرجل الذي جعل نخلاً بعد موته في سبيل الله ، يأكل من رطبها وبسرها وتمرها والانتفاع بها في حياته والغروس منها في أرضه ، فإن مات وقد أعهد من ذلك مالاً فهو لورثته ، والنخل في سبيل الله كما جعلها ، قلت : قد أوضح المسألة وأغاص في الطلب ، سألت أبا المؤرج عن المدبرة هل تباع ؟ قال : نعم إن شاء باعها ، وكذلك قال لي وائل ومحبوب ، ولا أدري أرفعاها إلى الربيع أم رأي منهما ، ولا أدري أرفع ذلك أبو المؤرج الى أبي عبيدة في بيع خدمة المدبرة أم رأي منه ، قال ابن عبد العزيز: لاتأخذ هذا من قولهم رفعوه إلى من ذكرته أم لم يرفعوه ، لأن هذا من الغرر، لاندري كم يعيش هذا الذي دبره أيطول أم يقصر ولايجوز الغرر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ، قال ابن عبد العزيز إن شاء باع خدمته من نفسه فإنه ليس بين العبد والسيد رباً لأنه عبده ، فلا ربا بين العبد وبين مولاه إن شاء آجره شهراً بشهر أو يوماً بيوم أو سنة بسنة ، قلت لأبي المؤرج : فالرجل يدبر مملوكه هل له أن يكاتبه ؟ قال : نعم إن شاء ، قال ابن عبد العزيز: إن فعل ذلك وكاتبه ، فإذا مات قبل موت السيد فهو حر، وإن مات السيد قبل أن يؤدي كتابته فهو حر لتدبيره إياه قلت لابن عبد العزيز فالرجل يكاتب غلامه ثم يدبره، قال: ما

قوله : فهو حر ، أي هو حر ، أدى أو لم يؤد .

أحسبك تعقل ما أقول لك، قلت: لم؟ قال: ألم أقل لك إن المسألة الواحدة من قولنا في المكاتبة تدلك على ماسواها من المسائل، وعلمتك أن المكاتب عندنا في جميع حالاته حر ليس تدبيره بعد المكاتبة بشيء، وهو رجل حر يطالب بما عليه من المكاتبة كما يطلب الغريم غريمه ولاتدبير هاهنا، ولكن أحسبك رجلاً رويت فقه المخالفين لنا في المكاتبة وعرفت أقاويلهم في جميع ما فعل المكاتب فيه عبداً فأنت تدخل علينا مسائلهم لنجيبك بالذي عرفت من قولهم، وإن دبرها قبل موته أو قبل موتها فلا يجوز له أن يتسراها لئلا يطأها بعدما خرجت حرة وهو لايشعر، وكذلك أيضاً إن دبرها قبل موته بأجل مسمى فعليه أن يوصي لها بقيمة خدمتها إلى ذلك الأجل لعله الذي استخدمها فيه، وإن قتلت وعاش مولاها حتى جاوز الأجل الذي سمى لتدبيرها فيكون حكمها حكم الأمة، وإن مات قبل تمامه فيكون حكمها حكم الحراير فيقتل بها قاتلها إن قتلها عمداً، وكذلك جميع أحكامها في الجراحات والقتل والقذف وما أشبه ذلك مما يختلف فيه حكم الحرة والأمة، والله أعلم.

وفي الأثر: وإذا دبر الرجل عبده ثم قُتل العبد فأخذ مولاه قيمته فليشتر بها غيره فيدبره بها، وإذا اشترى مثله فدبره مكانه فبقي من ثمنه فيدبر به غيره، ومنهم من يرخص: أن يأكله، وقيل غير ذلك من الرخصة، فهذا يدل من قولهم أن قيمته بمنزلته كما كانت العين مدبرة، فكذلك قيمتها قياساً عليها كما جاء في

قوله: عرفت من قولهم، يعني مع أنا لانجيبك إلا بما عليه أهل مذهبنا.

الحديث (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها)[1] ، وقاس الثمن على المثمن، غير أن لقائل أن يقول: ان الشحوم محرمة العين، فلذلك ساغ فيها ذلك، والمدبر حلال خدمته لأنه عبد ما لم يقع العتق بصفة فكانت قيمته مقابلة لخدمته، لأنه إنما يقوم على أنه مدبر، وهذا فرق بين لمن تدبره، والله أعلم. وكذلك أيضاً إن قطع عضو من أعضائه فأخذ قيمته فليدبر بها غيره ولا يأكلها، ورخص بعضهم في أكلها، وأما قيمة الجروح فإنه يأكلها فلا بأس والله أعلم. والعبد المدبر إذا قَتل مولاه الذي دبره فإنه يخرج حراً ويقتله الورثة إذا أرادوا، وقال بعضهم: بإبطال التدبير إذا وقع القتل من قبله قياساً على قاتل وليه ليرثه إن ماله يحرم عليه، وكذلك الموصى له إذا قتل الموصي على هذا الاختلاف، أعني هل تبطل الوصية أم لا ؟ والله أعلم. وإذا كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فدبروه إلى موتهم جميعاً، فلا يخرج حراً حتى يموت الآخر منهم لأنه مدبر لموتهم جميعاً، وإن دبره كل واحد منهم بصفة خاصة فليخرج حراً عند موت الأول منهم، والله أعلم.

قوله : مقابل لخدمته ، هذا ظاهر إذا كان الأجل معلوماً ، وأما إذا كان إلى الموت فينتظر كيف تقوم خدمته ، وأما الذات فلا تصرف له فيها .

قوله : على أنه مدبر ، يعنى وقيمته حينئذ ناقصة مغايرة والله أعلم .

---

(١) تقدم ذكره .

مسألة في صفة التدبير

والتدبير أن يقول الـرجل لعبده : أنت مدبر في حياتي حراً بعـد موتي ، فيكون حراً على هـذا الحال بعد الموت ، وكـذلك إن قال لـه : أنت مدبـر هكذا إلى وقت كذا ، فذلك كلـه تدبير، ويكون التدبير قبل الموت إلى أجل معلـوم، ويكون بعد الموت أيضاً إلى أجل معلـوم، ويكون أيضاً مع الموت ، والله أعلم . والتـدبير عند العلماء في الرقيق كلهم صغيرهم وكبيرهـم ، موحدهم ومشركهم ، ولا يجوز التدبير إلا لمن يجوز له العتق ، ولا يجوز لـه في رقبة له فيهـا شريك إلا بإذن الشريك لأنه ضرر، والتدبير يكون في الصحـة والمرض جميعاً مادام الإنسان عـاقلاً ، ويكون إلى أجل وإلى مـوت كل ذي روح من بني آدم أو غيرهم مثل الأشجـار والنبات ومـا أشبه ذلك ممـا تنسب إليه الحياة في مجاز اللغـة وليس بحيّ في الحقيقة ، وفي ذلك اختلاف ، فمنهم من يقول : إن التدبير معلق إلى مـوت هؤلاء كلهم على ما جوزه اللغة ، ومنهم من يقـول : هو حـر في حينه ذلك وإن دبره إلى أوقـات مجهولات ، مثل مجيء المطر أو الرياح أو ما أشبه ذلك ، فقد خرج حراً إذا جاء المطر أو الريح علم بـه أو لم يعلم ، وإن علق التدبير إلى أوقـات قـد مضت أو إلى موت من قـد مـات فهو حـر في ذلك ، وإن دبره إلى الصيف أو إلى الشتـاء أو إلى الحرث أو إلى الحصـاد فجائز ، وإن دبـره إلى قدوم المسـافرين أو إلى ولادة المرأة فجـائز ، وإن لم يقـدم المسـافـرون أو سقطت المرأة فلم تلـد فلا يخرج حـراً ، والإمـارة في التـدبير جـائزة ، وإذا قال الـرجل لعبـده أوصيت لك بنفسك فـذلك جائز ويخرج عنـد موته ، وإن قال : وهبت لك نفسك فيخرج من ساعته .

محتويات الجزء الثامن من كتاب الإيضاح

تابع محتويات الجزء الثامن من كتاب الإيضاح

الموضـــــوع	الصفحـة

تم بحمد الله

رقـــم الإيـــداع : ٢٨ / ٩٦

طبع بالمطبعة الشرقية ومكتبتها

